República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS HORMIDAS VALBUENA MORA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**

RADICADO: 11001 3105 001 2019 00928 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Dra. SANDRA PAOLA ANILLO DIAZ, identificada con la cédula de ciudadanía No.1.050.038 y tarjeta profesional No. 271.077 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación del apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de mayo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la accionante al RAIS, toda vez que para el caso

en particular, la referida afiliación se realizó con plena voluntad de la afiliada, quien por decisión propia la solicitó suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se ratificó con los 20 años de aportes al Régimen de Ahorro Individual esto de conformidad al artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

El apoderado de la parte demandante, señaló que la sentencia de primera instancia el 18 de mayo de 2021 en la cual declaro ineficaz el traslado que realizó al Colfondos S.A., el 1 de agosto de 1999 debe ser confirmada en su integridad, en razón a que los argumentos jurídicos y el análisis factico realizado estuvieron acorde a derecho y por ende deben despachase desfavorablemente los argumentos de Colpensiones en el recurso de alzada.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende que se declare la nulidad y/ ineficacia del traslado efectuada a Colfondos S.A., el 1 de agosto de 1999 y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado y a Colpensiones a recibirlo como afiliado.

Sustento sus pretensiones, en que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales desde el 1 de abril de 1979; que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A., el 1 de agosto de 1999, sin que el asesores de dicho fondo le suministrara la información completa, clara, veraz y suficiente para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 60, 64, 97 de la Ley 100 de 1993, los artículos 20, 48, 78 de la Constitución Política, los artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio, Decreto Ley 3466 de 1982, la Ley 1480 de 2011, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 1049 de 2006, el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31989 de 2008, 313114 de 2008, 33803 de 2011 y 46292 de 2014

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, precisó que el traslado de régimen pensional, se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado y suscribió el formulario de afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicio el consentimiento, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la afiliación se realizó en virtud del derecho a la libre escogencia de fondo de pensiones, siendo el RAIS su elección. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de mayo de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen pensional del demandante señor LUIS HORMIDAS VALBUENA MORA, identificado con la C.C.19.425.327 a través del fondo administrado por la sociedad demandada COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, conforme lo expuesto en precedencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES autorizar el traslado del señor LUIS HORMIDAS VALBUENA MORA, identificado con la C.C. 19.425.327 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta pronunciamiento.*

TERCERO: ORDENAR a COLFONOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante LUIS HORMIDAS VOLBUENA MORA, identificado con la C.C 1.9425.327 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del actor, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demanda ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: Sin costas para las partes en la presente instancia. QUEDAN LAS PARTES NOTIFICADAS EN ESTRADOS.

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha manifestado que antes de surtirse el traslado de régimen del RPM al RAIS, la Administradora Privada de Pensiones tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencia reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, entre ellas la pérdida del régimen de transición, en consecuencia señaló que en el presente caso resulta totalmente adverso el traslado al RAIS, por lo que era obligación de la demandada advertir las implicaciones que con grave perjuicio se ocasionaría, por lo que declaró la ineficacia del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que la parte demandante tenía la obligación de probar los fundamentos facticos de su demanda de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso; indicó que en el interrogatorio de parte se evidencia que el actor no fue engañado bajo ningún aspecto, así como tampoco se le creo falta expectativa por parte del asesor de la AFP Colfondos, por lo que señaló no se encuentran vicios en el consentimiento que de lugar a la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor hacia el año 1999. Resaltó que de conformidad al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición

legal de traslado al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse en el RPM.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colfondos S.A, el 4 de agosto de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 18 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

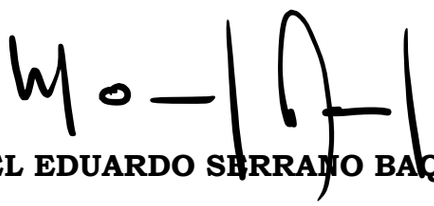
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA STELLA RODRIGUEZ MOLINA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**

RADICADO: 11001 3105 005 2020 00300 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación del apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de septiembre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante al RAIS, toda vez que la actora se encuentra inmersa en una prohibición de traslado, establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y siendo tal prohibición un mecanismo dispuesto por el legislador con miras a proteger el principio de Sostenibilidad Financiera, al evitar que una persona que no ostenta expectativa legitima alguna. Por lo que señaló no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos que realizó en mayo de 1999 y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar al fondo privado el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 4 de abril de 1962; que cotizó 783 semanas en el régimen de prima media con prestación definida, posteriormente en el año 1999, se trasladó a Colfondos S.A., sin que el asesores de dicho fondo le suministrara la información completa, veraz y suficiente para tomar una decisión,

Como fundamento normativo, citó los artículos 1502,1508 del Código Civil, el artículo 64, 65, 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 20 de la Ley 1748 de 1995, la Ley 797 de 2003 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia 68852 de 2019, 19447 de 2017, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014 y 19447 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la AFP brindo a la actora una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen, en la que se asesoro acerca de las características de dicho régimen. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, precisó que existe un contrato jurídico con la AFP, en el mismo momento que firmó el formulario de traslado de régimen, el cual fue de

forma libre y voluntaria, teniendo actualmente una afiliación valida ante el fondo privado. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de la entidades de la seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de septiembre de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora MARIA STELLA RODRIGUEZ MOLINA, a través de COLFONDOS S.A.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historio laboral.*
>
> *TERCERO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuanto (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a cargo de COLFONDOS S.A*
>
> *CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que se accederá a la nulidad de la afiliación por no haber demostrado la AFP demandada el deber cualificado de haber suministrado información completa, oportuna y suficiente a la demandante, en consideración en sentencia C-345 de 2017 de la Corte Constitucional ha indicado la existencia de regímenes de nulidad de los actos y contratos en cuyo perfeccionamiento ha concurrido un vicio del consentimiento se encuentra constitucionalmente ordenada, así como también lo ha abordado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las últimas sentencias desde la perspectiva de la ineficacia se asignado la carga probatoria a los fondos privados, esto de conformidad al artículo 12 del Decreto 720 de 1994, vigente para el momento en que la señora Olga Lucia se trasladó.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante al RAIS, toda vez que la actora se encuentra inmersa en una prohibición de traslado, establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y siendo tal prohibición un mecanismo dispuesto por el legislador con miras a proteger el principio de Sostenibilidad Financiera, al evitar que una persona que no ostenta expectativa legitima alguna. Por lo que señaló no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Precisó, que la Corte Suprema de Justicia otorga un alcance que no corresponde a los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, por lo que la simple suscripción del formulario de afiliación y la información brindada por el asesor comercial del fondo son suficientes para afirmar que la afiliación fue valida y libre de vicios en el consentimiento, en consecuencia solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan

atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía,*

en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colfondos S.A, el 3 de mayo de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Colfondos S.A en el año 1999, de forma privada un asesor comercial le indicó que el Seguro Social se iba a liquidar y por cuanto iba a perder las cotizaciones que había aportado y que trasladarse de régimen pensional era la mejor opción, comoquiera que el capital se incrementaría, así como también que podría pensionarse de manera anticipada y con el monto que quisiera.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 29 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE IGNACIO ROCA ACOSTA MADIEDO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**

RADICADO: 110013105 017 2019 00334 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El señor JOSE IGNACIO ROCA ACOSTA MADIEDO, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes al Instituto de los Seguros Sociales desde 1984, señaló que el 29 de enero de 1998, se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sin que se le hubiese suministrado la información necesaria para trasladarse de régimen.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 5, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, artículos 1.11 y 36 la Ley 100 de 1993, articulo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 1508 y 1510 del Código Civil, las sentencias de la Corte Constitucional T-818 de 2007 y T-398 de 2009 y sentencias de la Corte Suprema de Justicia Nº 12136 de 2014, expediente 31989 de 2008, Nº 33083 Acta No. 39 de noviembre de 2011

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que de acuerdo a los documentos aportados por el demandante, no se logra evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que permiten acreditar error, fuerza o dolo. En consecuencia, no hay lugar a acreditar la nulidad del traslado de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administración privada. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominadas o genéricas.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor JOSÉ IGNACIO ROCA ACOSTA MADIEDO, identificado con C.C N.° 19.485.589, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., efectuado el día 29 de enero de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante JOSÉ IGNACIO ROCA ACOSTA MADIEDO, identificado con C.C N.° 19.485.589, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JOSÉ IGNACIO ROCA ACOSTA MADIEDO, identificado con C.C N.° 19.485.589,como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA.

QUINTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones invocadas

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Fíjese la suma de $500.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de las accionadas.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1452, SL 1688, SL1689 de 2019, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el Régimen de Prima Media y acceder al reconocimiento de la prestación, resaltó que el simple consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación no es insuficiente.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que la vinculación para el año 1998 es eficaz, es válida, firmando el formulario de vinculación el cual era el único documento que se requería para la fecha para hacer válidamente la afiliación al sistema general de pensiones, como el traslado de régimen pensional, ahora bien, si bien el deber de información desde el

inicio de las AFP ha existido lo cierto es que este deber ha tenido un desarrollo legal como jurisprudencial a lo largo de los años sobre las exigencias impuestas a las administradoras, sin embargo, PORVENIR S.A considera no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable a data respecto al momento histórico al que el demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional conforme a la Ley 100 de 1993 y al Decreto 663 de 1993, determinan que debe señalarse características del régimen al cual se está afiliando, situación que aconteció y que PORVENIR S.A cumplió. Por lo tanto, se insiste que por haber existido un acto jurídico que versó por la voluntad del demandante solicita se respete la voluntad de las partes y que sí se le dé el valor probatorio que merece el formulario de afiliación que el actor suscribió. Por otro lado precisó que lo referente a devolver gastos de administración en virtud de las restituciones mutuas resulta contradictorio este tipo de condena, por cuanto se declara la ineficacia del traslado se pierden los efectos del mismo, sin embargo si en verdad fuera a dejar sin efectos el acto jurídico claramente el actor no tendría derecho a retornar con los rendimientos que se han generado por acciones de PORVERNIR S.A en cumplimiento de un deber legal, por lo tanto considera que esta condena es injusta al trato diferenciado que se le da a los conceptos producto de la afiliación al régimen de ahorro individual, circunstancia que desconoce el principio de igualdad. Solicita revocar en su integridad el fallo de primera instancia y en segunda medida en caso de confirmarlo, que se absuelva la condena de devolver gastos de administración.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia al considerar que debe adicionarse la condena que se impuso a Porvenir S.A relacionada con el traslado de los saldos de la cuenta pensional junto con los rendimientos y el traslado de gastos de administración en el entendido que estos gastos deben trasladarse de forma indexada en consideración a que el demandante no está afiliado a régimen de prima media desde hace más de 20 años y en esa medida esos gastos de administración, que periódicamente descontaba el fondo privado de la cuenta pensional al demandante, ha sufrido depreciación monetaria con el paso del tiempo y en aras de garantizar la sostenibilidad financiera de Colpensiones, se considera que cuando Porvenir S.A de cumplimiento al fallo de instancia y retorne dichos gastos de administración al régimen de

prima media debe indexarlos hasta la fecha efectiva de pago sin que se pueda considerar que esa indexación es una sanción adicional o un enriquecimiento a favor de Colpensiones sino simplemente es la actualización monetaria de una suma de dinero que con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional no debe conservar la AFP; en segundo lugar en cuanto a la condena en costas solicita se revoque dicha condena en la medida que considera no fue vencido en juicio, quien tenía la carga probatoria de demostrar el cumplimiento del deber de información y las demás obligaciones legales vigentes para la época del traslado era la AFP.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de

información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público,*

> *deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible del expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 29 de enero de 1998.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que desde 1984 hasta 1998 cotizó al Instituto de Seguros Sociales, en el año 1998 una asesora de Porvenir S.A le pidió cita para hablarle de su pensión, en la cita ella le explicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y si quería mantener la pensión debía trasladarse al fondo privado porque allí iba a tener una mejor pensión cuando terminara su vida laboral, que además tenía la posibilidad de pensionarse anticipadamente sin ninguna restricción ni limitación, así como también que en caso de muerte sus beneficiarias recibirían el dinero de su pensión.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla de manera indexada, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Frente a la excepción de prescripción, es reiterada la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, que en la SL2611-2020, expreso:

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por las demandadas en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 19 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AFRANIO ASDRUBAL RUIZ CLAVIJO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 018 2019 00435 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de julio de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., indicó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, ya que en el presente asunto no se alegó y menos probó, los eventos contenidos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el acto goce de plena validez.

COLPENSIONES., manifestó que hasta que no quede demostrado que hubo un vicio en el consentimiento, se debe presumir, que el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad del cotizante, por lo que no es

procedente declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad AFP Porvenir S.A., y condenar a la entidad a recibir los aportes para activar la afiliación al RPM.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, con fundamento en que se tuvieron en cuenta las decisiones de la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la entidad demandada Porvenir S.A., no cumplió con el deber de información tal y como se señala en el Decreto 692 de 1994 y la sentencia SL 4360 de 2019 que consagran el principio de la carga de la prueba a las AFP, la cual no se cumplió por parte de la demandada.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende que se declare que el traslado que realizó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el 26 de marzo de 2006, se encuentra afectado por un vicio en el consentimiento y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a Porvenir S.A., realizar el traslado de todos los aportes y rendimientos que realizó a Colpensiones y por consiguiente ordenar a dicha entidad la afiliación al RPM.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 17 de febrero de 1957; que cotizó desde el 22 de febrero de 1983 hasta el 31 de agosto 1990 en los hospitales el Buen Samaritano de Doncello Caqueta y San Juan Bautista de Chaparra, posteriormente laboro para CAPRECOM hasta el 2003; que el 26 de marzo de 2004 se trasladó al RAIS administrado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A; que la asesora comercial de dicho fondo lo indujo a error.

Como fundamento normativo, citó los artículos 51, 48 y 49 de la Constitución Nacional, los artículos 13, 114, 271 y 288 de la ley 100 de 1993, los artículos 1508, 1746 del Código Civil, el Decreto 692 de 1994 la Ley 2158 de 1948, la Ley 712 de 2001, la Ley 1149 de 2007, la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011 y las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda a folios 61 a 66, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar en cualquier tiempo. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, prescripción, innominada y buena fe.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda visible a folio 79, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante con la AFP en el año 2004 fue producto de una decisión libre e informada, luego de ser ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 21 de julio de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el señor AFRANIO ASDRUBAL RUIZ CLAVIJO, identificado con C.C N.° 13.360.921 del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad, a través de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS BBVA HORIZONTE actualmente PORVENIRS.A., efectuado el 26 de marzo de 2004, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante AFRANIO ASDRUBAL RUIZ CLAVIJO, identificado con C.C N.° 13.360.921, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor AFRANIO ASDRUBAL RUIZ CLAVIJO, identificado con C.C N.° 13.360.921, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
> *QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.*

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A, a favor del demandante. Se fija la suma de $500.000 como agencias en derecho, a cargo de cada una de las entidades demandadas.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta"

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1452, SL 1688, SL1689 de 2019, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el Régimen de Prima Media y acceder al reconocimiento de la prestación, resaltó que el simple consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación no es insuficiente.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida, al considerar que no procede la nulidad pretendida por la parte, toda vez que no se logro evidenciar los vicios del consentimiento específicamente la fuerza y el dolo, así como tampoco la ineficacia en razón de que la AFP le brindo la información que era exigible en ese momento, además de ello resaltó que se garantizó el derecho de retracto de conformidad a la publicación que realizó en el Tiempo, lo que se pudo establecer es que hubo una falta de diligencia por parte del actor; que el demandante ha ratificado su deseo de permanecer en el RAIS toda vez que ha permanecido más de 16 años realizando actos de relacionamiento; concluyó que en caso de que proceda la ineficacia, no hay lugar a devolver los gastos de administración, toda vez que de conformidad con concepto de la Superintendencia Financiera solo se deben devolver las cotizaciones y los rendimientos, de igual manera señaló que tampoco es procedente la condena del pago de agencias en derecho ya que no ha realizado ninguna actuación por fuera de la ley.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que para la fecha del traslado el único requisito para proceder con el mismo, era la firma voluntaria del formulario de afiliación, sobre el

cual no se presentó objeción alguna, por otro lado señaló en la fecha en que el actor solicitó el traslado de régimen pensional en el año 2019 se encontraba inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

> ***la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 26 de marzo de 2004.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en el año 2003 laboraba para CAPRECOM, una vez se liquidó la misma empezó a trabajar en una bolsa de empleos y en el año 2004 una asesora comercial

de Horizonte S.A., le indicó que el Seguro Social se iba a acabar, así como también que con un fondo privado tendría mejor rentabilidad; que se podría pensionar de manera anticipada y por tal razón firmo el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Porvenir en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

> *En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de*

ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 21 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RORLANDO ALBERTO LOZANO GARZON contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 018 2019 00758 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende que se declare la ineficacia del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP., realizar el traslado de todos los aportes y rendimientos que realizó a Colpensiones. Sustento sus pretensiones, en que se afilió al sistema de seguridad social a parir del 23 de enero de 1980; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones, se trasladó a Porvenir S.A., el 13 de mayo de 1996, sin que se la hubiese suministrado información, completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto uno y otro régimen.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13,36, 77, 106, 141 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 de 1982, la Ley 1480 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012 y el articulo 897 del Código de Comercio.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda a folios 262 a 271, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la afiliación al RAIS fue libre y voluntaria, por lo que no es procedente ordenar el retorno de la demandante al RPM, ya que se carece de fundamentos facticos y legales, situación que permite concluir que la afiliación de la demandante con Porvenir S.A., goza de plena validez y es ella quien administra legalmente sus aportes a pensión. Propuso las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa, no procedencia de condena en costas y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda visible a folios 303 a 329, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través de la AFP es completamente válido, toda vez que se brindó la información pertinente y necesaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 22 de julio de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor RORLANDO ALBERTO LOZANO GARZÓN, identificado con C.CN°19.440.037,del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la*

AFP PORVENIR S.A., efectuado el día13 de mayo de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante RORLANDO ALBERTO LOZANO GARZÓN, identificado con C.C. N.°19.440.037,al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor RORLANDO ALBERTO LOZANO GARZÓN, identificado con C.C. N.°19.440.037, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las COLPENSIONES Y PORVENIR ya favor del demandante. Fíjese la suma de $500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta."

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1452, SL 1688, SL1689 de 2019, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el Régimen de Prima Media y acceder al reconocimiento de la prestación, resaltó que el simple consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación no es insuficiente.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que la Corte Suprema ha establecido que el desarrollo jurisprudencial esbozado por la Juez primigenia no puede ser aplicado de manera homogénea, toda vez que en el presente asunto el demandante realizó de manera valida su traslado de fondo pensional, el cual se realizó sin presiones y totalmente informado, luego de recibir una asesoría

oportuna por parte del asesor del fondo, de conformidad con la normatividad vigente para el año 1996, cumpliendo con las obligaciones que para ese momento le eran atribuibles; precisó que respecto a la condena de la devolución de rendimientos y gastos de administración se aparta de la misma con fundamento en que no resulta coherente aplicar la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, en tanto en que no se desconoce que los aportes obligatorios le corresponden al actor, lo cierto es que en lo referente a los rendimientos, gastos de administración y seguros provisionales ya fueron entregados a las correspondientes aseguradoras y no están en poder la AFP, resaltó que dichas sumas fueron descontadas de conformidad con la ley.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que no se comparten los fundamentos de instancia, con fundamento en que el actor se afilio al RPM inicialmente, luego de ello a AFP Porvenir, por lo que dicho traslado tiene plena validez conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como también el traslado efectuado obedece a la decisión libre y voluntaria del afiliado salvo cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, sin que se demuestre que el actor haya sido engañado, más aun cuando permaneció en el RAIS sin manifestar ninguna inconformidad, respecto al desempeño y administración afianzando su decisión de estar en dicho régimen y a pesar de que era deber del fondo privado probar que suministrar que se suministró la información, el demandante también tenía deberes como lo es el de informarse respecto del contrato que en su momento suscribió de forma voluntaria; además de ello solicitó se revoque la condena en costas, toda vez que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido

por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del*

traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible

afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visible a folio 46 en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., 13 de mayo de 1996.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en el año 1996 se trasladó del Seguro Social a Porvenir S.A., en virtud de que en su lugar de trabajo llegaron unos asesores comerciales de dicho fondo que pasaban puesto por puesto indicando que era un fondo privado más ágil que el régimen público, le remitieron un formulario de afiliación que firmó, sin ningún tipo de información adicional.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre

dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 22 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS FERNANDO GOMEZ GARCIA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 018 2019 00827 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de septiembre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia, toda vez que la parte actora por decisión propia suscribió los formularios, voluntad que se vio ratificada con los más de 10 años que ha realizado cotizaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como también el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece la libre escogencia entre regímenes pensionales.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, con fundamento en que las demandadas pretender demostrar el

cumplimiento del deber de información con el formulario de afiliación, documento que no es suficiente para acreditar el cumplimiento de las obligaciones, esto con fundamento de las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia STL3390-2020, STL3388-2020, STL3186-2020, STL3193-2020, STL3197-2020, STL3200-2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual administrado por Colfondos S.A., el 26 de julio de 1999 y posteriormente a Protección S.A., en el año 2016 y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP Protección devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados con motivo de la afiliación. Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes al Instituto de los Seguros Sociales desde el 7 de enero de 1983 hasta julio de 1999; que se trasladó a Colfondos S.A y posteriormente se trasladó a Protección S.A., en el mes de julio de 2016 sin que los asesores de dichos fondos le suministraran la información necesaria para trasladarse.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993,el artículo 365 del Código General del Proceso y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N° 19447 de 2017, 1452 de 2019, 31989 de 2008, 68852 de 2019, 1421 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda visible a folio 60, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de afiliación se realizó de forma libre y espontánea, acto que tiene naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y la AFP, se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones,

reconocimientos de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda a folios 64 a 74, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora Privada, por lo que no es procedente la declaratoria de ineficacia. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

COLFONDOS, dio contestación a la demanda a folios 91 a 93, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, señaló que no era obligación de los fondos de pensiones conservar prueba documental, más allá del formulario de afiliación, esto por cuanto la asesoría a los potenciales afiliados se realizaba de manera presencial, agregó que los asesores de la AFP están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes y entregó la información objetiva al demandante. No formulo excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por CARLOS FERNADO GOMEZ GARCIA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *SEGUNDO:ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizar la trasferencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCION S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.*

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDEAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, y a favor del demandante, en la suma de $1.000.000.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones."

Como fundamento de su decisión, argumentó que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que existe la obligación de la AFP de brindar la información a los posibles afiliados y esta debe ser clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, el cual es aplicable sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, dado que la violación del deber de información se predica frente la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Protección S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en lo relativo a gastos de administración, al considerar que dicha comisión y la prima de seguro previsional son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 la cual a facultado a los fondos de pensiones para que realicen una deducción del tres por ciento sobre los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones lo cual opera en ambos regímenes pensionales y el general la devolución de dichos aportes se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que no será destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que la parte actora en su calidad de afiliado tenia deberes frente a la permanencia en el régimen pensional y el deber de informarse en lo relativo al contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma

voluntaria al ser la legislación nacional de obligatorio conocimiento y cumplimiento circunstancia que le otorga a la parte actora la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del formulario de afiliación, sin embargo la parte actora no ejerció dicho derecho por lo contrario permaneció en el Régimen de Ahorro Individual por más de 20 años sin manifestar su inconformidad, por lo que su vinculación al RAIS es válida y por ultimo solicitó no ser condenada en costas conforme el artículo 365 del Código General del proceso.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional,

cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter*

exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colfondos S.A., el 26 de julio de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo unos asesores de Colfondos le indicaron que el Seguro Social se iba acabar y podría perder las semanas cotizadas y que la mejor opción era trasladarse de régimen toda vez que podría obtener una pensión más alta, pensionarse de manera anticipada. En consecuencia, le suministraron un formulario que firmo.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al

numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 28 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA MARCELA MORENO PASCUAS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 019 2018 00449 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de junio de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que el Juez primigenio pasa por alto que al momento de la suscripción del formulario de afiliación la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, que consistía en la aceptación espontanea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma de dicho formulario, lo cual en el presente asunto se dio a plenitud, por lo que no es razonable ni jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

PROTECCIÓN S.A., indicó que resulta improcedente la devolución de gastos de administración por parte de la AFP, toda vez que dicha ordenar va en contra de una norma superior como es el articulo 20 de Ley 100 de 1993 que en su redacción original dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual norma ratificada en el artículo 7 de Ley 797 de 2003.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, con fundamento en que dentro del proceso no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que la AFP Protección entregó una información lo suficientemente clara y oportuna a su cliente, por lo contrario de su interrogatorio de parte quedo establecido que en ningún momento se indagó por las características del potencial cliente, como su edad su formación profesional o su composición familiar.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la nulidad del traslado que realizó a Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y por consiguiente ordenar a dicha entidad aceptar el traslado de régimen. Sustento sus pretensiones, en que nació el 26 de mayo de 1964; que se afilio el 16 de mayo de 1986 a Colpensiones; que en octubre de 1997 se trasladó a el Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A., sin que se le hubiese informado de manera suficiente sobre las consecuencias que podía tener el trasladarse de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 11 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1480 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, la Ley 100 de 1993, el Decreto 2555 de 2010 y las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N°31989 del 2008, 33083 de 2011, 31314 de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda visible a folios 66 a 75, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que los asesores de la AFP fueron diligentes y estuvieron siempre dispuestos a suministrar información y explicación a la demandante respecto de las consecuencias legales y económicas, ventajas y desventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, re asesoría el 24 de marzo de 2011, prescripción y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda a folios 78 a 85, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el actor no tiene derecho a la nulidad solicitada, ya que la afiliación cuenta con validez, toda vez que obra como soporte las cotizaciones efectuadas de forma libre, espontánea y voluntaria. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 18 de junio de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora CLAUDIA MARCELA MORENO PASCUAS, identificado con C.C N.° 39.689.355, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., realizado el día 06 de agosto de 1997, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante CLAUDIA MARCELA MORENO PASCUAS, identificada con C.C. N.° 39.689.355, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA MARCELA MORENO PASCUAS, identificada con C.C.*

N.°39.689.355, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES y PROTECCION S.A a favor de la demandante. Fíjese la suma de $500.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de las accionadas.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta."

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1452, SL 1688, SL1689 de 2019, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el Régimen de Prima Media y acceder al reconocimiento de la prestación, resaltó que el simple consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación no es insuficiente.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial en lo referente a gastos de administración en consideración a que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 tanto en el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual se destina el 3 por ciento del IBC a pagar la comisión de administración y el seguro previsional, por lo que en el presente caso lo únicamente precedente a retornar los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena fe administración de la AFP.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que se pasa por alto que al momento de la suscripción del formulario de afiliación la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, que consistía en la aceptación espontanea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma de dicho formulario, lo cual en el presente asunto se dio a plenitud, por lo que no es razonable ni

jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, así como también resaltó se vulnera el derecho al debido proceso de la entidad quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, precisó que lo que tiene que ver con las costas procesales Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento de orden legal de conformidad al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitó abstenerse de dicha condena con fundamento en el artículo 48 de la Constitución Nacional

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones,

previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que*

> *«en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Protección S.A., el 6 de agosto de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo Corporación Conavi que pertenecía al Sindicato Antioqueño en el año 1997, un asesor de Protección S.A., le indicó que el traslado de pensiones sería beneficioso, en virtud de que Protección era una entidad del mismo grupo al que pertenecían y debido a la situación en la que se encontraba el Seguro Social decidió firmar el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOYO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA MARGARITA GARCIA SANCHEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCION S.A Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 020 2019 00803 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de febrero de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador, por cuanto en el presente asunto no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado lo que conduce que el acto goce de plena validez, señaló que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la nulidad del traslado que realizó a Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado a Colpensiones y por consiguiente se ordene a las AFP., la devolución de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación.

Sustento sus pretensiones, en que se afilió en el año 1986 al Instituto de Seguros Sociales, que con motivo a la publicidad de los Fondos Privados de Pensiones se trasladó a Colmena AIG hoy Protección S.A., en el año 1995, sin que el asesor comercial de dicho fondo le suministrara información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de la prestaciones económicas y beneficios que obtendría en uno y otro régimen pensional, posteriormente se trasladó a Colfondos S.A y a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 29, 48, 49 y 53 de la Constitución política, los artículos 141, 106, 77, 36 y 13, el decreto 3466 de 1982, el artículo 897 del Código de Comercio, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, la Ley 1480 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012, el Decreto 663 de 1993, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que en la etapa precontractual se brindó información veraz, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales, ya que dentro del expediente no obra prueba alguna de que la demandante se hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación con la AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal y como se desprende de la solicitud de vinculación, documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículos 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado que realizó la actora a la AFP es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y el sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP.

COLFONDOS S.A., mediante escrito incorporado a folio 193 del expediente se allanó a las pretensiones incoadas en su contra.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de febrero de 2021, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MARIA MARGARITA GRACIA SANCHEZ a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, efectuada el 16 de diciembre del año 1995 y a COLFONDOS S.A., el 30 de abril de 2004, y finalmente a PORVENIR S.A., el 27 de octubre del año 2011., en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS "PORVENIR S.A.", devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MARIA MARGARITA GRACIA SANCHEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS "PORVENIR S.A.", PROTECCION S.A., y a "COLPENSIONES EICE", a favor de la señora MARIA MARGARITA GRACIA SANCHEZ. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico de la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto, agregó que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información suficiente, objetiva y completa sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro, en consecuencia concluye que existirá ineficacia de la afiliación primero cuando la ineficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, segundo no será suficiente la suscripción del formulario, tercero en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las administradoras de pensiones probar su deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al Juez primigenio en declarar la ineficacia de traslado con base en la falta de información, ya que no le era obligatorio a las AFP brindar la misma de manera documental con fundamento en la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, la cual tenía como única exigencia a efectos de entenderse como válido y materializado el traslado de régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, resaltó que en el presente caso se da el fenómeno del articulo 1752 y siguientes del Código Civil relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tacita la cual opera de manera automática. En consecuencia solicitó se revoque la sentencia en su integridad.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia, resaltó que no está en discusión que la actora se trasladó al RAIS, ya que

así se desprende del formulario de afiliación en el cual se sometió su aspiración pensional a los requisitos y parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora suscribió dicho formulario de manera voluntaria, situación que permite concluir que el traslado cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Refirió que al momento de la afiliación se encontraba frente a una mera expectativa tal y como se desprende de los hechos y de las pruebas. Por otro lado señaló que en lo referente a la condena en costas quien motivo el ejercicio de la presente acción fueron los fondos de ahorro individual quienes con su actuar configuraron la ineficacia declarada sin que tal decisión fuera competencia de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas

sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colmena hoy Protección S.A., el 16 de diciembre de 1995 y a Colfondos S.A., el 12 de noviembre de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Colmena S.A en el año 1995, que le indicó que el Seguro Social se iba a terminar y la mejor opción era un fondo privado, ya que podría pensionarse de manera anticipada, por lo que le pasaron un formato que diligenció. Señaló que Posteriormente se vinculó a una empresa temporal que la trasladó a Colfondos S.A., sin ningún tipo de asesoramiento, luego de ello, advirtió que se encontraba laborando en la Alcaldía de Chía cuando asesores de Porvenir S.A., de forma general le informaron que la mejor opción era trasladarse y que ellos mismos se encargaban de realizar el trámite.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos*

por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por el apoderado de Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C de fecha 8 de febrero de 2021, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOYO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LILIANA HYGUET RAMOS TORRES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 022 2019 00578 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A, Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la nulidad del traslado que realizó del RPM a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Sustento sus pretensiones, en que nació el 17 de marzo de 1966; que se afilió al ISS el 7 de febrero de 1990; que el 1 de abril de 1995 se trasladó a Protección S.A., y posteriormente a Porvenir S.A., sin que la información suministrada estuviera precedida de la suficiente ilustración de

los regímenes pensionales, por lo que resalto que no existió consentimiento, libertad y voluntad.

Como fundamento normativo, citó el articulo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6, 25 y siguientes, 74 y 145 del Código Procesal Laboral y de la S.S, la Ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 2, 4, 14,23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 11, 21, 31, 36, 50, 141, 142, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, los artículos 12, 13, 20 y 35 del Acuerdo 049 del ISS y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados Nº 33083 de 2011, 46292 del 20014 y 31989 del 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por faltar al deber de información o de que se este en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de primera media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda visible en el expediente, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no se alega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan las nulidad o ineficacia de la afiliación, así mismo resalto que ratificó de permanencia en el RAIS con el traslado horizontal que realizó. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PRPTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda visible en el expediente, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, precisó que el acto de afiliación es existente, valido, exento de vicios

de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, ya que el mismo se realizó de forma libre y expresa, solemnizándose de esta forma su afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción. Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y inexistencia de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 17 de junio de 2021, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el LILIANA HYGUETH RAMOS TORRES C..C 51.839.218, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecía el 02 de marzo de 1995, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliada la señora LILIANA HYGUETH RAMOS TORRES C..C 51.839.218, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien esta en la obligaciones de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicado en esta providencia.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, los dineros que recaudo por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente.*
>
> *CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepciones propuestas por las demandadas de conformidad con al parte motiva de esta providencia.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCION S.A Y PORVANIR S.A a la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una.*
>
> *SEXTA: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSULTESE, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del articulo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia han defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador

experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad implica dar a conocerlas diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, señaló que en cuanto al simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación se ha dicho que no es suficiente para demostrar ese deber de información, resaltó que la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación de primera instancia al considerar que de conformidad a la Ley 100 de 1993 una parte de la cotización será destinado a financiar el pago de las primas de seguro, el fondo de solidaridad pensional y a cubrir los gastos de administración, por lo que devolver los gastos de administración constituye una sobre remuneración para la parte demandante, ya que las gestiones realizadas por la AFP generaron unos rendimientos financieros que debe conservar. Por otro lado precisó que frente a la condena en costas que la entidad estuvo precedida de la buena fe y en estricto apego de las normas regulatorias de la materia.

La apoderada de PORVENIR, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional con fundamento en que el traslado se da en el año 1995, por lo que para dicha época no existía el deber de suministrar determinado tipo de información por parte de las AFP, toda vez que la ley 100 de 1993 no estableció en su articulo 13; señaló que en el interrogatorio absuelto por la demandante se establece que la afiliación efectuada por la actora al RAIS fue libre y voluntaria, así como también que la actora realizó actos de relacionamiento en primera medida afiliándose con Protección y posteriormente en el año 1997 a Porvenir. Por otro lado indicó que en caso de ser confirmada la sentencia se revoque la condena impuesta en lo referente la devoluciones de gastos de administración debidamente indexados, ya que la AFP ha cumplido con la obligación impuestas por la ley.

COLPENSIONES; interpuso recurso de apelación, al considerar que al momento de solicitud del retorno al Régimen de Prima Media de la demandante en el año 2019, contaba con 53 años de edad, encontrándose en la prohibición descrita en el articulo 2 de la Ley 797 del 2003, así como tampoco obra prueba alguna en que se demuestre que se esta ante la presencia de un vicio en el consentimiento; además de ello precisó que se evidencia que hubo traslados horizontales que permiten establecer su ratificación de permanecer en el RAIS por mas de 20 años.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones,

previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que*

> *«en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 13 de mayo de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en el año 1995 en su lugar de trabajo se le suministró un formulario de afiliación a Davivir hoy Protección S.A., y solo lo diligenció sin ningún tipo de información y posteriormente en el año 1997 se trasladó a Porvenir S.A., de la misma manera en como se trasladó en el primer traslado.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Protección S.A., en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de junio de 2021., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

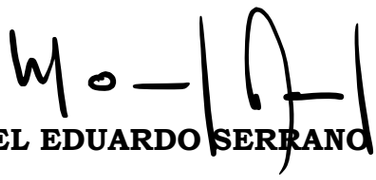
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ESTEBAN TAPIAS CLAVIJO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; PROTECCIÓN S.A; COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 023 2020 00258 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A, Protección S.A, Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de agosto de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la ineficacia traslado que realizó a las AFP y como consecuencia de dichas declaratorias se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a las AFP devolver las cotizaciones o aportes a pensión, así como también los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones y por consiguiente ordenar a dicha entidad recibirlo el RPM como si nunca se hubiera trasladado. Sustento sus pretensiones, en que nació el 9 de septiembre de 1957; que e el año 1977 se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones en el Seguro Social; que en el 1 de noviembre de 1994 se trasladó a la AFP Colmena., posteriormente realizó

traslados horizontales a las AFP Protección S.A; Colfondos S.A; Santander y a Porvenir S.A., sin que se le hubiese suministrado la información necesaria para trasladarse.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48,49, 53, 58,83, 150, 271 y 335, los artículos 3, 11, 13, 21, 31, 60, 90, 91, 97, 271 y 272, el artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, las Circulares externas 029 de 2014 y 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, los artículos 4, 5, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los artículos 13, 60, 61, 145 y 340 del Código Sustantivo del trabajo, la Ley 795 de 2003, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 1452 de 2019, 4964 de 2018, 2689 de 2018,19447 de 2017, 17595 de 2017,12136 de 2014, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, refirió que la AFP brindo a la actora una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradora de pensione, en la que asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento, las diferencias. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que si bien desconoce la circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría no es menos cierto que si la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información por ella brindada. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad SUI GENERIS de la entidad de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el

consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda visible en el expediente, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado a la AFP goza de plena validez, ya se le informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que se tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PRPTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda visible en el expediente, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, precisó que el acto de afiliación es existente, valido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, ya que el mismo se realizó de forma libre y expresa, solemnizándose de esta forma su afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y inexistencia de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 6 de agosto de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante ESTEBAN TAPIAS CLAVIJO, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y por ende a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE*

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de diciembre de 1994 y el 31 de mayo de 2002 y desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de julio de 2011, con motivo de la afiliación traslado del demandante ESTEBAN TAPIAS CLAVIJO, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago

TERCERO: CONDENAR a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de junio de 2002 y el 31 de enero de 2007, con motivo de la afiliación del demandante ESTEBAN TAPIAS CLAVIJO, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que trasfirió a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el día 01 de febrero de 2007.

CUARTO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante ESTEBAN TAPIAS CLAVIJO, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

QUINTO: DECLARAR que el demandante ESTEBAN TAPIAS CLAVIJO se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

OCTAVO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia en muchos pronunciamientos ha concluido que es un deber de las administradoras brindar información clara, cierta, comprensible, oportuna respecto de las características condiciones diferencias, consecuencias de lo que conllevaría trasladarse de régimen y sus consecuencias futuras, así como también resaltó que estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación de primera instancia en lo referente a los tiempos en que estuvo el demandante vinculado con la AFP, todas vez que los dineros que reposaban en la cuenta de ahorro individual fueron trasladados en su totalidad a la AFP Colfondos; señaló que frente a la devolución de gastos de administración y seguro previsional, se realizó como consecuencia de una disposición legal, valida, exequible, tratándose de comisiones ya canceladas y causadas durante la administración de los dineros del demandante.

La apoderada de COLFONDOS, interpuso recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia de primera instancia en lo referente a la condena de devolver los gastos de administración con fundamento en que las actuaciones de la AFP han estado ceñidas a la constitución y a la ley, ya que dicha comisión es de consagración legal encontrándose contemplados en la Ley 100 de 1993; resaltó que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca la entidad administró los recursos de la cuenta individual del actor.

PORVENIR, interpuso recurso de apelación y solicito se revoque en su integridad la sentencia proferida, al considerar que se impusieron al fondo que realizó el traslado inicial obligaciones que no se encontraban vigentes para el año 1994 con fundamento en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que la selección de régimen pensional debe ser libre y voluntaria, sin que se haga alusión de un deber de información a cargo de los fondos de pensiones; resaltó que lo pretendido por el accionante es una mesada pensional más alta, por lo que no debería accederse a la ineficacia de traslado ya que en el presente caso de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso permiten establecer la voluntad del actor fue pertenecer en el RAIS. Por otro lado precisó que en caso de confirmarse la sentencia proferida solicitó se revoque las condenas impuestas a gastos de administración y demás emolumentos de los aportes del demandante, con fundamento en que se está desconociendo la debida administración que realizaron las AFP, así como también para dichas sumas opera el fenómeno de la prescripción.

COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación, al considerar que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 del 2003, así como tampoco es beneficiario del régimen de transición por semanas, de manera de que no le es aplicable la sentencia SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional para retornar al régimen de prima media; indicó que en el presente caso se ratifica el negocio jurídico teniendo en cuenta que el demandante realizó tres traslados entre AFP, además de ello resalta que no se logró probar una información equivocada o falaz por parte de los fondos, máxime que para el año 1994 los fondos solo tenían la obligación de la información sobre las condiciones a la hora del traslado

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios*

que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencian formularios de afiliación a Colmena S.A., el 11 de enero de 1994 a Protección S.A., el 8 de marzo de 1996 y a Provenir S.A el 8 de junio de 2011.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo unos asesores de Colmena S.A., que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y que en los fondos privados podría obtener una mejor mesada pensional, así como también podría pensionarse de manera anticipada y por tal motivo suscribió el formulario de afiliación, posteriormente se trasladó a Colfondos que le indicó que era el mejor Fondo y en virtud de los cambios de empresa en la que laboraba se trasladó a Protección S.A y por ultimo a Porvenir S.A.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los*

gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Frente a la excepción de prescripción, es reiterada la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, que en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de agosto de 2021 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS CARLOS OLARTE CONTRERAS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIENDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS PENSIONES CESANTIAS S.A**

RADICADO: 110013105 030 2020 00067 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada Porvenir S.A, Protección S.A, Colfondos S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El señor LUIS CARLOS OLARTE CONTRERAS, pretende la nulidad del traslado que realizó a Protección S.A, y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes al Instituto de los Seguros Sociales hasta 1995; que desde el 1 de enero de 1996, se trasladó al Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., sin que se le hubiese suministrado la información necesaria para trasladarse de régimen.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Política, artículos 21 y 36 la Ley 100 de 1993, sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral Nº 33083 de 2011, Nº 1452 de 2019 y Nº 4360 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la parte demandante relaciona las pretensiones a un tercero ajeno a ella como lo es Protección S.A, que el demandante se vincula a Porvenir S.A en el año 1999 bajo una decisión libre e informada. En consecuencia, no hay lugar a acreditar la nulidad del traslado de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del proceso obran medios de prueba documentales suficientes los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al régimen de ahorro individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, con destino al régimen de ahorro individual. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica.

Por su parte, COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que sí se le brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el régimen de prima media con prestación definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen

los aportes en dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Por su parte, la PROTECCION S.A, dio contestación de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que el formulario de vinculación que suscribió el actor, se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y el sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación, reconocimiento de restitución mutua.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor LUIS CARLOS OLARTE CONTRERAS del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por ING S.A hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIONS.A, efectivo a partir del1° de enero de 1996 conforme a lo expuesto.*
>
> *SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado al demandante señor LUIS CARLOS OLARTE CONTRERAS al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.*
>
> *TERCERO: Condénese a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es desde el 1 de septiembre de 2005 y hasta cuando se haga efectivo el traslado estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.*

CUARTO: Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante los dos periodos que permaneció en dicha administradora del 1 de enero de 2000 a 31 de julio de 2001 y del 1 de junio de 2002 a 31 de agosto de 2005, los que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

QUINTO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante los dos periodos que permaneció en dicha administradora del 1 de enero de 1996 al 31 de diciembre de 1999y del 1 de agosto de 2001 a 31 de mayo de 2002, los que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

SEXTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor LUIS CARLOS OLARTE CONTRERAS, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEPTIMO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

OCTAVO: Condénese en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y A COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILPESOS ($3´488.000)a cargo de COLFONDOS S.A y la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE ($1.500.000) a cargo de cada una de las ADMINISTRADORAS PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A ya favor del demandante respectivamente.

NOVENO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

DECIMO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que los fondos de pensiones tienen la responsabilidad de demostrar en juicio que documentaron suficientemente el cambio de régimen esto quiere decir que el posible afiliado recibió la asesoría necesaria para tener los suficientes conocimientos para tomar una decisión debidamente informada suministrándole de esta manera las bondades y beneficios de estar en el régimen de prima media así como desventajas de estar en uno y otro régimen, así como también, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCION S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia en lo referente a la condena de trasladar los gastos de administración a Colpensiones y que estos sean debidamente indexados durante los periodos que el demandante estuvo afiliado con la administradora, no es procedente, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual del actor, administración que en su momento se hizo de manera diligente y esto como contraprestación, con el traslado de los gastos se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez del demandante, estaría recibiendo un capital que nunca administró. Que conforme al artículo 1746 del Código Civil, respecto a las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas la cuenta de ahorro individual del demandante ha obtenido unos rendimientos y por esto se tiene derecho a conservar esa comisión de administración. Frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguro previsional opera la prescripción de conformidad con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral.

El apoderado de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque lo atinente a la devolución de las comisiones de administración junto con las sumas del seguro previsional ya que este último es un concepto que se le paga a un tercero ajeno a la relación contractual que tuvo el demandante con Porvenir S.A, razón por la cual no hay lugar a devoluciones de dinero, ahora bien, con las comisiones de administración se ha establecido por la Superintendencia Financiera y por la Ley 100 de 1993 que cuando hay un traslado solamente hay lugar a la devolución de las cotizaciones y rendimientos, razón por la cual devolver dicho rubro a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin justa causa.

El apoderado de COLFONDOS S.A, interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, solicitando se absuelva en

primer lugar de la condena impuesta en relación a la devolución de los gastos de administración debidamente indexados como quiera que Colfondos S.A no fue la entidad primigenia que realizó el traslado de régimen de demandante y en ese orden de ideas afilió al demandante en un acto jurídico de buena fe entendiéndose que el mismo ya se encontraba afiliado al RAIS a través de Protección S.A y posteriormente Porvenir S.A y por tanto tenía conocimiento respecto de las características que abarcan el régimen de ahorro individual con solidaridad. Así mismo, solicitó se absuelva de la condena por concepto de costas, ya que Colfondos S.A no fue la entidad que realizó el traslado de régimen.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de

información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público,*

> *deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible del expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 28 de diciembre de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que al aparecer los Fondos Privados estos iniciaron mercadeo, y que funcionarios de DAVIVIR fueron a su lugar de trabajo, Hospital Simón Bolívar, para dar a conocer el Fondo Privado y realizaron una charla muy corta, posteriormente varios funcionarios buscaron a cada trabajador para realizar el diligenciamiento de los formularios. Asegura no recordar el nombre del asesor. Le solicitaron datos generales, actividad académica, fechas de grado, lugares de trabajo. No recuerda si le pidieron nombre de beneficiarios. En el año 2000 aun trabajaba con el Hospital Simón Bolívar y las razones por las cuales se trasladó a PORVENIR S.A fueron por recomendación y sugerencia de las directivas y personas de talento humano.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos*

por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colfondos en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 2 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA EDILIA VELASCO SEDANO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 033 2018 00640 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de octubre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que la demandante no esta amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, ya que debió hacerlo cuando le faltaran mas de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, además de ello señaló que en el presente caso la afiliación que realizó la actora a la AFP no adolece de los vicios de consentimiento de que trata el articulo 1508 del Código Civil.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancias, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el articulo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el acto goce de plena validez.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, con fundamento en que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante, esto de conformidad con los pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria retrotraer las cosas a su estado anterior, así como también se ordene a Colpensiones tenerla entre sus afiliados, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Sustento sus pretensiones, en que nació el 10 de octubre de 1962; que se trasladó al Fondo Privado de Pensiones Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., el 18 de enero de 2002, sin que el asesor comercial le brindara la información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53,58 y 150 de la Constitución Nacional, los articulo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el articulo 11 del Decreto 692 de 1994, el articulo 10 del Decreto 720 de 1994 y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda a folios 41 a 54, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que en virtud de las pruebas arrimadas en el plenario se evidenció que la accionante se

encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a Porvenir S.A., Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, erro de derecho no vía el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda visible a folios 73 a 80, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la información suministrada a la demandante, se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación , no fue caprichosa, sino obedeció al resultado de las disposiciones que regulan el RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 27 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR. La INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y con esto a la afiliación realizada el 18 de enero de 2002, a la Sra. MARIA EDILIA VELASCO SEDANO, identificada con cedula de ciudadanía Nª28.211.862.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que la a la Sra. MARIA EDILIA VELASCO SEDANO, identificada con cedula de ciudadanía Nª28.211.862., se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a AFP PORVENIRS.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la a la Sra. MARIA EDILIA VELASCO SEDANO, identificada con cedula de ciudadanía Nª28.211.862, a COLPENSIONES, junta con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, si como reactivar la afiliación de la a la Sra. MARIA EDILIA VELASCO SEDANO.*
>
> *QUINTO: ORDENAR a AFP PORVENIR S.A., a realizar el traslado de las cuotas de administración, de manera proporcional por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada y a cargo de su propio patrimonio. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.*

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A., Se fija como Agencias en Derecho la cantidad de 3,5 S.M.LM.V., en favor de la demandante. Sin costas para COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía perdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación de primera instancia al considerar que en el caso no se probo que la AFP hubiese querido atentar o impedir contra la afiliación, ya que lo que se realizó fue brindar una opción diferente y adicional y la actora haciendo uso de la libertad de escogencia se traslada a Provenir S.A; precedida de la información suficiente y amplia que existía para el momento de la afiliación, por lo que el formulario de afiliación no puede ser desconocido en virtud de la Ley 100 de 1993, resaltó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 del 2003. Por otro lado señaló que en cuanto a la condena de gastos de administración que el inciso 2 del articulo 20 de la Ley 100 de 1993, dispone que también en el Régimen de Prima Media se dispone un 3 por ciento de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión, invalidez y sobrevivientes, por lo que dicho monto no hace parte integral de la pensión de vejez, ya que generar el traslado de dichos emolumentos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que la

actora se encuentra inmersa en la prohibición legal sin que se pudiera trasladar de conformidad a un mandato legal, resaltó que a pesar de que no tuviera conocimiento la regulación que maneja las pensiones, lo cierto es que la Ley 797 de 2003 es una Ley de la Republica de dominio público, en la cual no se puede alegar el desconocimiento de ella. Concluyó que Colpensiones maneja dineros de un fondo subsidiado y en caso eventual de que la accionante supere la expectativa de vida, será la entidad la responsabilidad de cubrir la pensión, lo que generaría un detrimento en la sostenibilidad financiera.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones,

previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que*

> *«en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visible en el expediente a folio 82 se evidencia formulario de afiliación a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 18 de enero de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que se trasladó el 28 de enero de 2002 a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., en virtud de que en su lugar de trabajo un asesor comercial de dicho fondo le indicó que el Instituto de los Seguros Sociales se iba acabar y que al trasladarse al régimen privado podría obtener una mejor pensión, así como también podría pensionarse de manera anticipada.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ DARY CABRERA ARAUJO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 035 2020 00496 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de octubre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza, dolo), así como también que al momento de la solicitud de retorno al RPM, para el año 2020 la demandante contaba con 54 años, encontrándose en una prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, con fundamento en que la actora tiene derecho a que se declare a ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el día 01de mayo de 2007con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado el 1 de mayo de 2007 ante Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerla entre sus afiliados, así como también se traslade los aportes, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional al RPM. Sustento sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 3 de abril de 1985; que el 1 de mayo de 2007 se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Nacional, el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que le sean aplicables y concordantes, así como el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N° 13191 del 2020, 3202 de 2020 y 3226 del 2020.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda visible en el expediente, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de afiliación es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, ya que se realizó de forma libre y espontánea solemnizándose su afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena de, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos

públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrir error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 15 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por LUZ DARY CABRERA ARAUJO al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES –todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a las AFP PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a volver a afiliar a LUZ DARY CABRERA ARAUJO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A.*
>
> *CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $2.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES .*
>
> *QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que el determinar un

consentimiento informado en el traslado de régimen tiene la virtud de generar la convicción que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez, por lo que tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario es decir que se suministró asesoría en forma correcta y como el trabajador no puede acreditar que no recibió la información corresponde a la contraparte demostrar que si la brindo, ya que desde el año 2008 la jurisprudencia a señalado que la información debe comprender todas las etapas del proceso hasta el momento de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial en lo referente a la condena de trasladar los descuentos por sumas adicionales de la aseguradora por los descuentos de cuotas de administración, con fundamento en que dicha facultad la tienen tanto las administradoras de régimen público como privado, encontrándose que existe una incorrecta interpretación del artículo 1746 del Código Civil. En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia frente a dicho punto.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que el precedente de la Corte Suprema de Justicia se debe aplicar en cada caso en concreto, situación que difiere en el presente caso, toda vez que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición al momento del traslado, además no se probó la existencia de vicios en el consentimiento en los términos de los artículos 1508, 1509, 1510 y 1740 del Código Civil para que se declare dicha nulidad; resaltó que traslado que realizó la actora se efectuó de manera libre y sin presiones; por otro lado precisó que en caso de confirmarse la decisión se debe garantizar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido

por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del*

traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible

afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Protección S.A., el 1 de julio de 2007.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en el año 2007 se trasladó a Protección S.A., que un asesor de dicho fondo le indicó que trasladarse era la mejor opción, toda vez que podría pensionarse con una mejor mesada pensional, así como también podría pensionarse de manera anticipada.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

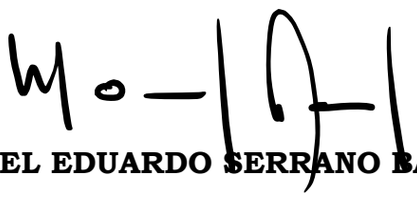
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANGELA SUSANA HERNANDEZ POSADA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**

RADICADO: 11001310503920200042601

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada Porvenir S.A, y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La señora ANGELA SUSANA HERNADEZ POSADA, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes al Instituto de los Seguros Sociales" desde 1980, señaló que el 01 de diciembre de 1999, se trasladó a Porvenir S.A., sin que se le hubiese suministrado la información necesaria para trasladarse de régimen.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicados N°1421, 1452, 1688 y 1689 de 2019

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la parte actora no allega prueba alguna que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta de información) por parte de la AFP o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones por falta de competencia, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante no allega prueba alguna que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta de información) o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante ANGÉLA SUSANA HERNÁNDEZ POSADA del régimen de prima media con prestación*

definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. con efectividad a partir del 1º de enero de 2000, es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A.,a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual dela demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que ha estado afiliada la actora y sin que le sea dable descontar suma por seguros provisionales, esto es, por pensión de invalidez, de sobrevivientes y para la garantía de la pensión mínima, todo con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de PORVENIR S.A. para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de$1.890.000.

SÉPTIMO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y trasparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que la AFP no incurrió en una falta al deber de información, toda vez que para el momento del traslado, la suscripción de la afiliación se realizó con fundamento en las normas vigentes específicamente en el artículo 14 del decreto 3466 de 1982,

articulo 30 del decreto 663 de 1993, Ley 100 de 1993 y que la demandante al ser considerada una consumidora financiera también tenía el deber y la obligación de actuar de manera diligente respecto de su futuro pensional y de ser el caso haber solicitado su retorno a COLPENSIONES antes de la entrada de prohibición de traslado entre regímenes situación que no ocurrió, es claro y queda demostrado que PORVENIR S.A no incurrió en la falta al deber de información ya que además al momento del traslado si bien sí se establecía unas obligaciones en cabeza de las AFP pero no hacía alusión al tipo de información que estas entidades debían proporcionar conforme artículos 14, 15 del decreto 656 de 1994. Por otro lado precisó que en caso de ser confirmada la decisión se verifique los valores que deben retornar a COLPENSIONES como lo son los gatos de administración, de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por cuanto trasladar dichos montos generaría un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES. Y en consecuencia examinarse la excepción de prescripción frente a dichos emolumentos. En cuanto a la condena en costas solicita sea revocada.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que en el proceso no se observa causales para haber decretado una ineficacia en el traslado toda vez que es claro que la demandante sí tenía conocimiento de las características del RAIS que además manifestó firmó de manera libre y voluntaria el formulario. Al no haber ninguna causal para que se declare la ineficacia debe aplicársele el literal b, articulo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual expresa una plena prohibición para las personas trasladarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida que actualmente es administrado por COLPENSIONES.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la

Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le

perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible del expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 11 de octubre de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que cotizó al Instituto de Seguros Sociales hasta el año 1999, en su lugar de trabajo la visita asesores de Porvenir S.A en un aula múltiple realizaron una presentación sobre los múltiples beneficios que tenía el pasarse a un fondo privado, les dijeron que se iba a mantener el régimen de transición y que el dinero iba a ser objeto de rendimientos y estos se iban a mantener, que si en algún momento dado ellos podían solicitar el dinero aportado con sus rendimientos e invertirlo como ellos quisieran.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre

dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Porvenir S.A., en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 11 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **ESTHER LUCIA HIGUERA CONTRERAS** contra **YUDY ASTRID AVILA PEREZ**.

RADICADO: 11001 3105 034 2017 00389 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la señora Yudy Astrid Ávila Pérez, la Compañía Seguros Bolívar S.A. y por la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., respecto de la sentencia proferida por el Juzgado

Treinta y cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de diciembre de 2020.

En esta instancia, se allegaron alegatos por las apoderadas de la señora Yudy Astrid Ávila Pérez y de Porvenir S.A.

La apoderada de la señora Yudy Astrid Ávila, reiteró lo expuesto en el recurso de apelación, respecto a que las pruebas practicadas tenían coherencia y veracidad en todo el debate probatorio, lo que no se percibía respecto de la parte demandante, máxime que la señora Higuera, no dependía económicamente ni sentimentalmente del causante como podía advertirse en las declaraciones vertidas por el mismo, aunado a ello, adjuntó una nueva documental correspondiente a una declaración extrajuicio rendida por el causante, de fecha 30 de abril de 2014.

Por su parte, la apoderada de Porvenir S.A., solicitó que no se confirmara la imposición de costas a su representada por cuanto, no se habían opuesto al reconocimiento de la devolución de saldos, pues lo que se buscaba era que existiera un pronunciamiento judicial sobre el conflicto de intereses, por lo que habían obrado con diligencia y dentro de la legalidad.

I. ANTECEDENTES

La demandante Esther Lucia Higuera Contreras, solicitó que se ordenara dividir el 50 % de la pensión del señor Luis

Amido Peña Pinto, fijando como porcentaje en su favor el 40%, por haber tenido un vínculo de matrimonio civil y convivencia hasta el día de la muerte de su cónyuge, por un tiempo de más de 29 años, en el evento en que se acreditara debidamente la convivencia con YUDI AVILA, en caso contrario, se otorgara el 50% de la pensión, así como se ordenara el pago de costas procesales.

En sustento de sus pretensiones mencionó que contrajo matrimonio con el señor Luis Amido Peña Pinto, el 30 de octubre de 1987, con quien convivió hasta su muerte el 13 de junio de 2016, que toda su vida fue ama de casa y estuvo al cuidado del hogar, dependiendo económicamente del causante quien trabajaba para sostener la familia, de igual manera indicó que la señora Yudy Astrid Ávila Pérez, presunta compañera del causante solo tuvo una convivencia de 3 años y 4 meses.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 2, 5, 12, 25, 42 y 50 del C.P.L y S.S., el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, así como, trajo a colación las sentencias C-336 de 2014 y T-236 de 2016, expedidas por la Corte Constitucional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La señora Yudy Astrid Ávila Pérez, contestó la demanda, como se aprecia a folios 84 a 89, en donde se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto señaló que la cohabitación de la señora Esther Lucia Higuera, fue del 30

de octubre de 1987 al 26 de abril de 1993, fecha a partir de la cual inició una unión marital de hecho con la señora Rosa Murillo Sánchez, por lo que no se trató de una convivencia simultánea, pues la separación fue definitiva desde esa fecha, así mismo, señaló que la señora Higuera se solventaba independientemente hasta la fecha del fallecimiento del Señor Peña y fue ella quien convivió con el causante durante más de 8 años, desde el 4 de octubre de 2008 hasta la fecha de fallecimiento del causante, 13 de junio de 2013. Propuso la excepción de mérito que denominó improcedencia de la acción.

Mediante auto del 1° de febrero de 2018, notificado por estado del día 2 del mismo mes y año, se ordenó integrar como litisconsortes necesarios a la Compañía Seguros Bolívar S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

La Compañía Seguros Bolívar S.A., contestó la demanda cómo se observa a folios 138-149 del expediente, en dónde manifestó que se oponía al pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora Esther Lucia Higuera Contreras, por cuanto en el presente proceso se advertía un conflicto de beneficiarias, ya que la señora Yudi Ávila, también había reclamado la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, y por ello el Despacho debía determinar la forma en la cual debería ser cancelado el 50% de la pensión que se encontraba suspendido. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción y compensación.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contestó la demanda como se observa a folios 192-201 del expediente, en dónde manifestó que no era una pretensión que debiera satisfacer su representada, toda vez que la pensión de sobrevivientes estaba a cargo de la Compañía Seguros Bolívar S.A., quien efectuó el reconocimiento pensional a los beneficiarios que acreditaron tal calidad en proporción del 50% y dejó en reserva el otro 50% por evidenciarse un claro conflicto de beneficiarias entre las señoras Esther Lucía Higuera Contreras y Yudy Astrid Ávila Pérez, en razón a haberse presentado ante la ARL en mención, reclamación pensional de manera simultánea en calidad de cónyuge y compañera permanente en su orden, aunado a ello, señaló que en lo que correspondía a Porvenir S.A., era importante precisar que las mismas señoras radicaron reclamación de prestaciones económicas con solicitud de devolución de saldos por Pensión en ARL sobrevivencia, frente a las cuales dio respuesta a cada una de ellas, en las que las manifestaba que no podía dar trámite a la solicitud, por la existencia de la otra persona y las exhortó a que sometieran el conflicto de intereses pensionales a la justicia ordinaria, viéndose en la necesidad de dejar en reserva el 50% de la devolución de saldos, pues el otro 50%, fue distribuido entre los hijos del causante. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación frente al reconocimiento y pago de Pensión de Sobrevivientes, Pago por concepto de la Devolución de Saldos, conflicto entre beneficiarias de la prestación reclamada, buena fe de

Porvenir S.A., compensación, prescripción e innominada o genérica.

III. PROCESO ACUMULADO

Mediante Auto del 8 de abril de 2019, notificado por estado el día 9 del mismo mes y año, se ordenó la acumulación procesal del proceso No. 2017 – 389 con el proceso No 2018 – 272, que cursaba en el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Villavicencio.

En el proceso que se acumuló, es decir, el que cursaba en el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Villavicencio, fungió como demandante la señora Yudy Astrid Ávila Pérez, quien solicitó que se procediera a fraccionar el 50 % de la pensión del señor Luis Amido Peña Pinto, fijando como porcentaje en su favor el 40%, por haber tenido una convivencia permanente e ininterrumpida con el causante de 8 años y 8 meses, en consecuencia, se ordenara el pago de la cuota parte correspondiente, igualmente, solicitó el pago de las costas procesales.

En sustento de sus pretensiones indicó que sostuvo unión marital de hecho con el causante, desde el 4 de enero de 2008 hasta el 13 de junio de 2016, fecha del fallecimiento.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 2, 5, 12, 25, 42 y 50 del C.P.L y S.S., el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, así como,

trajo a colación las sentencias C-336 de 2014 y T-236 de 2016, expedidas por la Corte Constitucional.

Mediante auto del 8 de noviembre de 2018, notificado por estado el 9 del mismo mes y año, se admitió la demanda contra la Compañía de Seguros Bolívar S.A. y se ordenó vincular a la actuación como litisconsorte necesaria a la señora Esther Lucía Higuera Contreras, en calidad de intervención excluyente.

La Compañía de Seguros Bolívar S.A., contestó la demanda como se observa a folios 75-78, en donde indicó que no aceptaba ni rechazaba las pretensiones ya que se atenían a lo que se probara dentro del proceso pues estaban a la espera sobre una decisión judicial respecto a quien pagarle la pensión. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido a mi representada, buena fe y excepción genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de diciembre de 2020, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO:*** **DECLARAR** que ESTHER LUCIA HIGUERA CONTRERAS, es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite del causante LUIS AMIDO PEÑA PINTO, en un porcentaje equivalente al 35% de la mesada pensional reconocida en comunicación del 1 de noviembre de 2016, por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SEGUROS BOLIVAR S.A., teniendo derecho a acrecentar ese porcentaje en la misma proporción, cuando los hijos del causante Pilar Yadira y Sebastián Ávila Peña, lleguen a la mayoría de edad y siempre y cuando no acrediten cursar estudios superiores de educación formal.

SEGUNDO: DECLARAR *que YUDI ASTRID ÁVILA PÉREZ, es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del causante LUIS AMIDO PEÑA PINTO, en un porcentaje equivalente al 15% de la mesada pensional reconocida en comunicación del 1 de noviembre de 2016, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SEGUROS BOLIVAR S.A., teniendo derecho a acrecentar ese porcentaje en la misma proporción, cuando los hijos del causante Pilar Yadira y Sebastián Ávila Peña, lleguen a la mayoría de edad y siempre y cuando no acrediten cursar estudios superiores de educación formal.*

TERCERO: CONDENAR *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SEGUROS BOLIVAR S.A., al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, las mesadas adicionales causadas, más los incrementos anuales del Índice de Precios al Consumidor fijado por el DANE, a favor de las demandantes, en la siguiente manera:*

1. *A favor de ESTHER LUCIA HIGUERA CONTRERAS en calidad de cónyuge supérstite del causante Luis Amido Peña Pinto, en un porcentaje equivalente al 35% de la mesada pensional reconocida en comunicación del 1 de noviembre de 2016 y por el valor de las mesadas generadas entre el 13 de junio de 2016 y el 30 de noviembre de 2020, debidamente indexadas.*

2. *A favor de YUDY ASTRID ÁVILA PÉREZ, un porcentaje equivalente al 15% de la mesada pensional reconocida en comunicación del 1 de noviembre de 2016 y por el valor de las mesadas generadas entre el 13 de junio de 2016 y el 30 de noviembre de 2020, debidamente indexadas.*

CUARTO: DECLARAR *que la demandante ESTHER LUCIA HIGUERA CONTRERAS es beneficiaria de la devolución de saldos dejados en suspenso por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en calidad de cónyuge supérstite del causante Luis Amido Peña Pinto, en un porcentaje equivalente al 35% de la reserva notificada a la demandante en comunicación del 16 de marzo de 2017.*

QUINTO: DECLARAR *que la demandante YUDI ASTRID AVILA PEREZ, es beneficiaria de la devolución de saldos dejados en suspenso por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en calidad de compañera permanente del causante Luis Amido Peña Pinto, en un porcentaje equivalente al 15% de la reserva notificada a la demandante en comunicación del 16 de marzo de 2017.*

SEXTO: CONDENAR *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago de los valores reconocidos en el numeral anterior a las demandantes, en un porcentaje equivalente al 50% de la devolución de saldos causada con ocasión del deceso del causante Luis Amido Peña Pinto y dejada en suspenso mientras la justicia decida, lo anterior de conformidad con los numerales anteriores de la presente providencia.*

SEPTIMO: DECLARAR *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

OCTAVO: AUTORIZAR *a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SEGUROS BOLIVAR S.A a descontar de las mesadas futuras de las demandantes ESTHER LUCIA HIGUERA CONTRERAS y YUDY ASTRID AVILA PEREA, lo correspondiente a los aportes en salud y a efectuar en lo sucesivo las deducciones por tal concepto.*

> ***NOVENO: CONDENAR*** *a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SEGUROS BOLIVAR S.A., al pago de las costas procesales, inclúyase en la liquidación la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de ellas y a favor de las demandantes ESTHER LUCIA HIGUERA CONTRERAS y YUDY ASTRID AVILA PEREA.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que atendiendo lo señalado por la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL3153-2014, existía compatibilidad entre pensiones otorgadas por los regímenes profesional y común, no obstante, tratándose de esta última no se dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes por el señor Luis Amido Peña Pinto. Tratándose de la pensión de origen profesional, se indicó que se dejó en suspenso el 50% de la mesada ante la existencia de cónyuge (Esther Lucía Higuera Contreras) y compañera permanente (Yudy Astrid Ávila Pérez) que reclamaban el derecho, aspecto que también ocurrió con la devolución de saldos por parte de Porvenir S.A., en esa medida y luego de corroborar el derecho de la hija de crianza (Pilar Yadira Peña Ávila) sobre su porción de la mesada, al haber sido reconocida como hija por el mismo causante, se procedió a valorar las pruebas a efectos de establecer si se acreditaba la convivencia exigida en la ley por cada una de las reclamantes, concluyendo que la convivencia entre la señora Esther Lucía Higuera Contreras y el causante se había dado desde el 30 de octubre de 1987 hasta la muerte del mismo (13/06/2016) y entre la señora Yudy Astrid Ávila Pérez y el causante desde el 4 de octubre de 2008 hasta la muerte del causante (13/06/2016), acreditándose mas de los 5 años de convivencia por cada una de estas, por lo que los porcentajes que a prorrata les correspondería serían del 35% y 15% respectivamente del

50% de la mesada pensional (Bolívar S.A.) y del 50% de la devolución de saldos (Porvenir S.A.) dejada en suspenso.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la señora Yudy Astrid Ávila Pérez, sustentó su apelación señalando que no estaba de acuerdo con la sentencia con fundamento en lo previsto en las pruebas, que eran hechos notorios y que los testigos eran concordantes con lo señalado por la señora Yudy, aludiendo que por lo menos se hubiera otorgado el 25% de la mesada para cada una, por lo que solicitaba el análisis en su totalidad de las pruebas.

A su turno, la apoderada de la Compañía Seguros Bolívar S.A., refirió que su representada nunca se había sustraído de su obligación de pagar, pues dejó en suspenso el derecho, por lo que la indexación ordenada no resultaba procedente, máxime que no se había pedido por ninguna de las demandantes y toda vez que se había realizado la reserva respectiva, aunado a ello, indicó que nada se dijo de los descuentos a salud de las mesadas atrasadas, pues cuando se fuera a reclamar estas debía efectuarse de las mismas el respectivo descuento y esto iba a ser objeto de reclamación, finalmente, refiere su oposición frente a las costas en la medida en que se debió comparecer al proceso, por cuanto el causante no fue juicioso respecto a sus relaciones.

A su turno, la apoderada de Porvenir S.A, señaló que se vio obligada a suspender la devolución de saldos tanto de la

cónyuge como de la compañera permanente, por lo que se estaba en espera de la sentencia judicial para asignar el 50% dejado en suspenso y como nunca hubo oposición para otorgar la pretensión principal, se apartaba de la condena en costas independientemente de la cuantía, como quiera que la Corte en situaciones como ésta, en donde había obligaciones de hacer y no se reconocía ningún derecho, no tendría razón para condenar por ninguno de estos conceptos.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente efectuar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente del fallecido señor Luis Amido Peña Pinto, en favor de las señoras Esther Lucía Higuera Contreras y Yudy Astrid Ávila Pérez, en los porcentajes que se determinó por el a quo, si sobre las mesadas atrasadas procedía la indexación y debía ordenarse descuento en salud y si era viable la condena en costas.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) el señor Luis Amido Peña Pinto, falleció el 13 de junio de 2016 (fl. 4 y 49); ii) que la señora Esther Lucía Higuera Contreras y el señor Luis Amido Peña Pinto, contrajeron matrimonio el 30 de octubre de 1987, sin registrar anotaciones marginales. (fl. 6 y 7); iii) que Seguros Bolívar S.A., mediante comunicación del 1° de noviembre de 2016, señaló que ante la situación de reclamarse simultáneamente el derecho a la pensión de

sobrevivientes por la cónyuge y compañera permanente y al no poder resolver en favor de quien debía otorgarse ni la proporción en que debía reconocerse sugirió acudir a la jurisdicción ordinaria, no obstante, señaló que ello no era impedimento para proceder con el reconocimiento pensional del 50% de la mesada pensional de los hijos menores del causante (fl. 9-14 y fl.43-48); iv) que Porvenir S.A., mediante comunicación y correo electrónico enviados en el mes de marzo de 2017, informó a la señoras Esther Lucia Higuera Contreras y Yudy Astrid Ávila, que no se le podía dar trámite a la solicitud pensional por cuanto tuvieron conocimiento de la existencia de cónyuge y compañera permanente, por lo que el conflicto de intereses debía ser sometido a la jurisdicción ordinaria (fl. 8 y 55) y v) que Porvenir S.A., certificó que reconoció devolución de saldos por pensión en ARL sobrevivencia a partir del 13 de junio de 2016 a Pilar Yadira Peña Ávila, Sebastián Peña Ávila y Laura Milena Peña Murillo (fl. 260-262)

Bajo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 776 de 2002 y la Ley 100 de 1993, junto con las modificaciones introducidas a ésta última, por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del señor Luis Amido Peña Pinto, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (13 de junio de 2016).

Teniendo en cuenta que no fue objeto de controversia lo relacionado con la determinación adoptada por el aquo frente a la prestación de sobrevivientes reclamada del sistema general de pensiones, esto es, que lo que procedía era la

devolución de saldos se abordará el estudio de lo relacionado con la prestación de sobrevivientes del sistema de riesgos profesionales.

Así, se tiene que el **artículo 11 de la Ley 776 de 2002**, establece que, si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

A su turno, el **artículo 47 de la Ley 100 de 1993** (modificado artículo 13 de la Ley 797 de 2003), consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> ***a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*** (Subrayas y negrita fuera de texto).
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*
>
> *<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la*

> *esposa o el esposo.[1] Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*
>
> *(…)"*

De la anterior normativa, se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un afiliado, se tendrá derecho a la pensión vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tenga mas de 30 años al momento del fallecimiento, y para ello, el cónyuge debe acreditar haber convivido con el causante no menos de 5 años continuos en cualquier tiempo, tratándose de una compañera o compañero permanente, se debe acreditar haber convivido con el causante en los 5 años anteriores al deceso, de igual manera, se tiene que en los eventos en que respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión o en caso de convivencia simultánea, se tiene que la parte, proporción o porcentaje que corresponde a cada uno, se determina con base al tiempo de convivencia que cada uno acredite.

Frente al tema de la convivencia, debe precisarse que si bien la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencias SL1730–2020 y más recientemente en la SL2820-2021, ha señalado que tratándose de la muerte de un afiliado no era dable exigir un tiempo mínimo de

---

[1] La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, declaró condicionalmente exequible "'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'. Fallo inhibitorio en relación con la expresión "no existe convivencia simultánea y" por inepta demanda.

convivencia de 5 años, debe tenerse presente que mediante sentencia SL-4318-2021, radicación No. 77327 del 22 de septiembre de 2021, nuestro máximo órgano de cierre acató la sentencia de la Corte Constitucional SU-149-2021, y aplicó el criterio de convivencia de 5 años tanto para pensionados como para afiliados, haciendo la aclaración de que su criterio jurisprudencial de no exigencia de convivencia mínima en el caso de la muerte del afiliado no resulta arbitrario y por el contrario es ajustado al querer del legislador que en su momento estableció tal diferencia.

En ese orden de ideas, se tiene que se aplicó el precedente expuesto, entre otras, en sentencia No. SL1399-2018, radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, y se encuentra acreditado que tanto la señora Esther Lucía Higuera y Yudy Astrid Ávila Pérez, convivieron con el causante por tiempo superior a 5 años.

Precisado lo anterior, y toda vez que el reparo presentado por la apoderada de la señora Yudy Astrid Ávila Pérez, recae respecto del porcentaje que le fue reconocido a su representada (15%), frente al de la convivencia de la señora Esther Lucía Higuera (35%), solicitando tener en cuenta lo acreditado con las pruebas, en la medida en que los testigos fueron concordantes con lo dicho por la señora Yudy y se trataba de hechos notorios, se procederá a apreciar los medios de prueba allegados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del C.P.L y S.S.

Como documentales relevantes, fueron allegados los siguientes documentos:

- Solicitud de vinculación a Porvenir S.A. del señor Luis Amido Peña Pinto, efectuada el 20 de septiembre de 1996, en la que registra como compañera permanente a la señora Esther Lucía Higuera Contreras (fl. 202).

- Certificado de afiliación a la Nueva EPS, del señor Luis Amido Peña Pinto, de fecha 28 de enero de 2014, en el que consta que la señora Yudy Astrid Ávila, fue afiliada como compañera el 24 de noviembre de 2010, de igual forma, se advierte un registro de afiliación del 1° de agosto de 2008, a nombre de la señora Rosa Murillo, bajo el parentesco de cónyuge, con causal de exclusión por separación del 4 de noviembre de 2010 (fl.78).

- Declaración Juramentada, realizada por el señor Luis Amido Peña Pinto, ante la Notaría Primera del Circulo de Bucaramanga, el 7 de febrero de 2014 (fl. 52), en la que el causante, indicó: *"(…) Manifiesto bajo la gravedad del juramento y sin tener ningún impedimento legal o moral para rendir esta declaración, la cual es mi responsabilidad, que es cierto y verdadero que convivo bajo el vínculo de la unión marital de hecho, compartiendo el mismo techo, lecho y mesa, de forma permanente e ininterrumpida, desde hace 6 años con la señora YUDI ASTRID AVILA PEREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.095.910.056 de Girón (Santander). De la misma forma, declaro que mi compañera depende económicamente de mis ingresos como empleado para sus gastos de sostenimiento y manutención."*

- Acta de Declaración juramentada con fines extraprocesales, realizada por la señora Yudy Astrid Ávila Pérez, el 8 de junio de 2016 (SIC), ante la Notaría Segunda del Circulo de Villavicencio (fl. 57), en donde indicó: "(…) *QUE EN CALIDAD DE CONYUGUE DEL SEÑOR LUIS AMIDO PEÑA PINTO (O.E.P.D.) QUIEN EN VIDA SE IDENTIFICO CON C,C. N0.7.3I8.261, QUIEN FALLECIÓ EL DÍA 13 DE JUNIO DE 2016 A CUNDINAMARCA A CAUSA DE MUERTE VIOLENTA (ACCIDENTE DE TRANSITO) EN GUADUAS CUNDINAMARCA REGISTRO DE DEFUNCION N008134353 OTORGADO EN LA REGISTRADURIA DE GUADAS CUNDINAMARCA, CON QUIEN CONVIVI EN UNION MARITAL DE HECHO BAJO EL MISMO TECHO LECHO Y MESA, CON UNA CONVIVENCIA DURANTE 8 AÑOS, (4 DE OCTUBRE DE 2OO8), HAS'TA EL DIA DE SU FALLECIMIENTO, Y NUESTRO ULTIMO LUGAR DE RESIDENCIA FUE EN LA CRA 16 B NO. 21 B - f 3 BARRIO VALLES DE LA CAROLINA DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO DONDE AUN ES MI DOMICILIO DE ESTA UNION PROCREAMOS 2 HIJOS DE NOMBRES PILAR YADIRA PEÑA AVILA Y SEBASTIAN PEÑA AVILA, POR LO TANTO, DE 12 Y 6 AÑOS DE EDAD QUIENES*

DEPENDIAMOS DE EL Y CONFORMABAMOS SU NUCLEO FAMILIAR HASTA EL DIA DE SU DEFUNCION."

También, se recepcionaron diversos testimonios de parte y parte, advirtiéndose que respecto de la pareja matrimonial rindieron declaración Consejo Rodríguez Escobar (vecina en el barrio Molinos Bogotá desde 1998-1999 y hasta que se fueron a Villavicencio), Milena Arias Zambrano (Vecina en Villavicencio), Alba Liliana Peña (hija matrimonial), Jaime Navarrete Granados (amigo de los padres de la señora Esther de toda una vida), Eillen Ariana Dueñas (compañera sentimental del señor Jaime Navarrete), quienes dieron cuenta de la convivencia de la señora Higuera y el señor Peña, desde que los conocieron en las distintas zonas geográficas en donde residieron, señalando que el señor Peña Pinto, se dedicaba a la conducción y por ello se ausentaba del hogar cuando le salía un viaje, que cuando regresaba estaba 2-3 días con su familia, que se hacía cargo de los gastos de la familia, tales como arriendo y mercado y que la pareja nunca se separó, lo cual incluso es posible establecer sin tener en cuenta la declaración de la hija de la demandante, por sus lazos de familiaridad y de la señora Milena Arias, quien tuvo algunas contradicciones en su declaración pues refirió que llegó a vivir a la zona en que residía la pareja en Villavicencio en febrero de 2016, pero mas adelante señaló que en esa zona vivió 3 años y no fue clara en su respuesta cuando se le preguntó por la edad que tenían los hijos, aunado a ello, se resalta que ante lo indicado por Luis Eduardo Peña(primogénito del causante), en su declaración, respecto a que el señor Jaime Navarrete era la pareja de la señora Esther, se recibió la declaración del señor Navarrete, quien con lo indicado en su declaración

desvirtuó tal manifestación aspecto corroborado con lo indicado en la declaración rendida por la señora Eillen Ariana Dueñas, quien señaló ser la compañera permanente del testigo desde hacía 6 años.

Lo anterior, sumado a la propia declaración que hizo el causante al registrar a la señora Esther Lucia Higuera, como beneficiaria en el formulario de vinculación a Porvenir S.A., para el año 1996, dan cuenta que la relación de la pareja se mantuvo desde el matrimonio y hasta la fecha del fallecimiento del causante.

De otra parte, no puede perderse de vista que también se recepcionaron los testimonios de Luis Eduardo Peña García (Primogénito del causante e hijo de la señora Blacina), Patricia Montoya Mayorga (vecina) y Arnulfo Ramírez Roa, quienes dieron cuenta de la convivencia de la pareja, señalándose por Luis Eduardo, que la señora Yudy fue la última mujer de su papá, a quien conoció hacía aproximadamente 8 - 10 años, que antes de ella, estuvo con Rosa con quien también tuvo una hija, Laura Milena, que con su papá tenía más bien poco contacto y éste era principalmente de tipo telefónico, pues el causante se perdía entre 10-11 años y aparecía con otra mujer con hijos pequeños, por su parte, la señora Patricia Mayorga refirió conocer a la señora Yudy desde aproximadamente el año 2012, cuando los hijos de ambas estudiaban juntos y estos frecuentaban su negocio de internet, que conoció al señor Peña Pinto, cuando los hijos lo llevaron a pagar las cuentas de lo fiado y que luego le colaboraba con los tramites que

debía hacer en la empresa, que inicialmente veía al causante 2 veces a la semana en la casa pero despues del 2014, cuando los niños cambiaron de colegio solo comunicación telefónica; por su parte, el señor Jaime Arnolfo Ramírez Roa, señaló conocer a la señora Yudy, hacía 6 años, pues llevaba el pedido de agua a la casa de la misma una vez a la semana, que allá una vez se encontró con el causante y se enteró que estaba viviendo con Yudy, también señaló conocía al causante de antaño, desde el año 1996, cuando le hacia flete a la empresa para la que el causante trabajaba pero en ese tiempo él no estaba conviviendo con la esposa sino con Rosa, y luego de eso dejaron de verse y cuando se vieron indicó que se había separado de la misma, señalando que había visto a la pareja conviviendo durante los últimos 2 años.

Atendiendo lo anterior y de conformidad con la declaración realizada por el mismo causante frente a la convivencia con la señora Yudy Astrid Ávila y el reconocimiento realizado por ésta respecto al extremo inicial de su convivencia, se tiene que la convivencia entre el causante y la señora Yudy ocurrió desde el 4 de octubre de 2008 y hasta la fecha de fallecimiento del mismo, 13 de junio de 2016.

En este punto, resulta pertinente mencionar que de las pruebas allegadas al proceso no fue posible desvirtuar que la convivencia matrimonial se hubiere visto interrumpida en algún lapso, pues pese a que el señor Luis Eduardo Peña Ávila, indicó que su padre cada vez tenia una nueva pareja con hijos menores, no puede desconocerse que el mismo

refirió tener poco contacto con su padre e incluso, las ultimas veces que se lo encontró como a un año antes de su muerte fueron de casualidad y desconocía que su padre se había casado con la señora Esther, lo vino a saber luego de la muerte del mismo. Se agrega a lo anterior, que el señor Arnulfo para el año en que indicó que el causante inició su convivencia con rosa (1996), a quien registró como beneficiaria ante Porvenir S.A. fue a la señora Esther, advirtiéndose solo registro de la señora Rosa como beneficiaria en salud hasta el año 2008 pero siendo desvinculada en el año 2010.

De igual forma, debe recordarse que la oportunidad procesal pertinente para allegar o solicitar pruebas, según lo dispuesto en los artículos 26 y 31 del C.P.L. y S.S., es con la presentación de la demanda y/o con la contestación de la misma, o excepcionalmente que se trate de una prueba que se hubiese expedido con posterioridad a estas etapas, no siendo el caso del documento allegado por la apoderada de la señora Yudy A. Ávila junto con los alegatos, por lo que al mismo, no puede dársele ningún valor probatorio, pues de tenerse en cuenta se vulneraría el debido proceso y derecho a la defensa, desarrollado en el articulo 29 de la Constitución Política y ampliamente en la jurisprudencia.

En ese orden de ideas, resulta claro para esta sala que el causante por su actividad como conductor pudo mantener varias relaciones sentimentales simultáneas, aspecto que se deduce de lo señalado en los interrogatorios absueltos, en donde refirieron conocer de la existencia de la otra e incluso,

se señaló por la señora Higuera perdonarle al causante sus otras relaciones por cuanto a ella nunca le faltó nada, además de lo señalado en los testimonios recaudados y se soporta con las propias documentales allegadas, advirtiéndose una convivencia simultanea con el causante entre la señora Esther Lucia Higuera Contreras en su calidad de cónyuge y Yudy Astrid Ávila Pérez, como compañera permanente, en esa medida al verificar los tiempos de convivencia de cada una con el causante se convalidan los porcentajes que fueron determinados por el a quo, por lo que se procederá a confirmar la decisión.

Indexación

En la sentencia de primera instancia se ordenó a pagar las mesadas pensionales atrasadas indexadas, aspecto que fue objeto de reparo por la compañía de Seguros Bolívar S.A., en la medida en que no fue su responsabilidad que se debiera dejar en suspenso el 50% de la mesada pensional ante el conflicto presentado por beneficiarias de igual derecho y su imposibilidad de decidir tal situación.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que nuestro máximo órgano de cierre, en providencia AL396-2022, rememoró la sentencia CSJ SL9316-2016, reiterada en la sentencia CSJ SL2735-2020, en donde se indicó que *"la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional*", quiere ello decir, que pretende mitigar la pérdida de poder

adquisitivo de la moneda, el cual tampoco resulta imputable a las reclamantes.

Aunado a ello, y si bien se señaló que el dinero fue dejado en suspenso, no se acreditó que el mismo no hubiese generado ninguna rentabilidad de la que se hubiese podido beneficiar la Compañía Seguros Bolívar S.A. o los recursos administrados por la misma, razón por la cual se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Descuentos en salud

Respecto al segundo objeto de reparo por la Compañía de Seguros Bolívar S.A., esto es, que no se ordenaron los descuentos por concepto de salud de las mesadas atrasadas, resulta oportuno traer a colación lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, que establece, lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:*
>
> *"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones*
>
> *(…)*
>
> *"La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional".*

Como se observa tales descuentos proceden por ministerio de la ley y en consecuencia operan desde el mismo momento en que se reconoce la primera mesada pensional, por lo que habrá de precisarse que aplican al retroactivo reconocido a las beneficiarias.

Costas Procesales

Respecto de la condena en costas, apelada tanto por Seguros Bolívar S.A. como por Porvenir S.A., se tiene que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral, por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T Y SS, establece que en los procesos en que haya controversia se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En esa medida y dado que la controversia se presenta entre las beneficiarias de la pensión, en la medida en que una pretende tener un mejor derecho, lo cual no resulto para ninguna pues se hicieron asignaciones proporcionales al tiempo de convivencia, no hay lugar a condenar a ninguna y en consecuencia se revocaran las impuestas por el juez de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 9° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de diciembre de 2020, y

en su lugar no imponer costas, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral octavo de la parte resolutiva para autorizar el descuento a los aportes para salud sobre las mesadas causadas en favor de las beneficiarias de la pensión lo que incluye tanto las reconocidas retroactivamente como las futuras.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **LICED FAINORY VALENCIA AGULIAR en nombre propio y en representación del menor JUAN ESTEBAN GAMBOA VALENCIA, EMMA CONTRERAS PULIDO y JUAN BAUSTISTA GAMBOA LEON** contra **JORGE OLMEDO MURILLO GALLEGO, CONSTRUCTORA MAJUMI SAS** y **META CONSTRUCCIONES SAS que conforman la UT LA FONTANA**, **BIENESTAR SOCIAL MT SAS** y **LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO.**

RADICADO: 11001 3105 029 2017 00014 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Pretende la demandante, se acceda a la práctica de medidas cautelares en contra de Jorge Olmedo Murillo,

Constructora Majumi S.A.S. y Metaconstrucciones S.A.S. a efectos que se pudiera efectuar la materialización de las condenas, en tanto refiere que se adelantan actos mercantiles tendientes a efectuar disolución y liquidación para sustraerse del pago, conforme a lo establecido en el artículo 85A del CPTSS.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que tal medida fue solicitada cuando en el presente asunto ya se había emitido el fallo de primera instancia y se había enviado el proceso a reparto en el Tribunal Superior de Bogotá D.C. (sin que hubiese sido repartido) por lo que, solo se evidenció tal solicitud hasta cuando se hizo mención a la misma en los alegatos de conclusión.

Precisado lo anterior, debe tenerse en cuenta que el artículo 85A del CPTSS, contempla como medida cautelar del proceso ordinario laboral, la caución en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 85-A. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO ORDINARIO.*** *modificado por el artículo 37-A de la Ley 712 de 2001[1]. Cuando el demandado, en proceso ordinario, efectúe actos que el juez estime tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, podrá imponerle caución para garantizar las resultas del proceso, la cual oscilará de acuerdo a su prudente proceso entre el 30 y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar.*
>
> *En la solicitud, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento, se indicarán los motivos y los hechos en que se funda. Recibida la solicitud, se citará inmediatamente mediante auto dictado por fuera de audiencia a audiencia especial al quinto día hábil siguiente, oportunidad en la cual las partes presentarán las pruebas acerca de la situación alegada y se decidirá en el acto. La decisión será apelable en el efecto devolutivo.*

[1] Articulo declarado condicionalmente mediante Sentencia C-043-21 de 25 de febrero de 2021, *"en el entendido que en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal "c", numeral 1, del artículo 590 del Código General del Proceso".*

Si el demandado no presta la caución en el término de cinco (5) días no será oído hasta tanto cumpla con dicha orden."

De conformidad con la norma transcrita, se tiene que la medida procede cuando el demandado: i) está realizando actos tendientes a insolventarse; ii) se ejecutan actos tendientes a impedir la efectividad de la sentencia y iii) se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que de dicha norma se desprende que procederá la caución cuando el *"juez estime"* que se presentan los actos antes mencionados, lo que evidencia una valoración previa del juez respecto de las pruebas que fueran allegadas a efectos de determinar si las situaciones expuestas revisten o no tal carácter.

Finalmente, de lo señalado en el inciso segundo y tercero de la norma se desprende que el trámite de la medida cautelar aludida se deberá adelantar cuando el proceso curse en la primera instancia, al respecto conviene recordar que nuestro órgano de cierre, en providencia AL3836-2018, frente al tema señaló:

"(…) la Sala considera oportuno señalar que el artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, determina que corresponde al juez de primera instancia, a solicitud del demandante, que teme por el incumplimiento de las acreencias reclamadas, ordenar al demandado la cancelación o pago de una caución, siendo su finalidad la de garantizar la efectividad de la sentencia. Una vez decretada la medida, a más de contarse con el mecanismo de impugnación respectivo, el accionado cuenta con cinco días para cumplir la decisión judicial, so pena de no ser oído en el proceso. Preceptiva que determina que es una actuación propia de la primera instancia.

Asimismo, por sabido se tiene la apelación de las sentencias de primera instancia son en efecto suspensivo; sin embargo, a pesar de que se suspende la competencia del juez de primer grado desde la ejecutoria del auto que conceda el recurso hasta que se notifique el de obedecimiento a lo resuelto

por el superior, éste conserva su competencia para conocer de todo lo relacionado con medidas cautelares, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 323 del Código General del Proceso, de lo que claramente se desprende que la medida cuestionada por el memorialista se tramita y decide ante el juez de primera instancia."

Bajo las anteriores consideraciones, se tiene que no corresponde a esta instancia tramitar la medida cautelar solicitada, razón por la cual no se abordará su estudio.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora y los demandados Jorge Olmedo Murillo, Construcciones Majumi SAS y Metaconstrucciones SAS, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de septiembre de 2020.

En esta instancia se allegaron alegatos por la apoderada de la parte actora, por el apoderado de las demandadas, Metaconstrucciones SAS y Constructora Majumi SAS y por el apoderado de la Equidad Seguros de Vida OC.

La parte actora en sus alegaciones, solicitó se revocara parcialmente la decisión en cuanto a los siguiente puntos: la cuantificación de la indemnización plena de perjuicios, pues señaló que estaba errada, por cuanto no se aplicaron las fórmulas y criterios establecidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y se dejaron de apreciar aspectos como salario devengado, factor prestacional vigente al momento del accidente, fecha de ocurrencia del evento mortal,

edad del causante y duración del proceso, también mencionó que respecto al pago de la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales, no se tuvieron en cuenta los extremos de la relación laboral y la existencia de un pago parcial efectuado por el empleador del causante, Jorge Olmedo Murillo a Liced Valencia, bajo una figura jurídica distinta al articulo 61 y 213 del C.S.T. y en gracia de discusión dicha suma no alcanzaba al valor de los emolumentos causados.

Igualmente, frente al reconocimiento pensional realizado, señaló que si bien se reconoció el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Liced Valencia como madre del menor Juan Esteban Gamboa y se atribuyó tal obligación al demandado Jorge Olmedo Murillo y solidariamente a las empresas que conforman la UT La Fontana, se relevó de dicha obligación a quien tenía en realidad tal obligación, esto es, a la ARL Equidad Seguros, en tanto recibió la afiliación del trabajador fallecido y acreditó su aseguramiento a la actividad y riesgo para el que se diligenciaron los documentos, acogiéndose equivocadamente el argumento relacionado con que se carecía de cobertura, en tanto se reportó como centro de trabajo un lugar diferente al que ocurrieron los hechos.

Por su parte, el apoderado de las demandadas Metaconstrucciones S.A.S. y Construcciones Majumi S.A.S., indicó que en el caso bajo estudio no se probaron los extremos temporales, pese a ello, se indicó vagamente en el fallo que el contrato estaba vigente al momento de la ocurrencia del accidente de trabajo, siendo improcedente jurídicamente

dicha declaratoria, razón por la cual incluso se vio obligada a absolver a los demandados del pago de prestaciones sociales.

De igual forma, indicó que los únicos testigos presenciales[2] indicaron que el señor Juan Pablo Gamba prestó sus servicios como contratista en la obra la Fontana, quedando desvirtuada la presunción establecida en el articulo 24 del C.S.T., los cuales junto con el testigo de la parte actora, señalaron que el trabajador se dedicaba simultáneamente en otras obras y trabajaba como taxista, así mismo y respecto a lo relacionado con el accidente refirió que con las fotografías obrantes en el expediente se establecía que el señor Gamboa tenía línea de vida, arnés, eslinga y casco y que la razón de ocurrencia del accidente fue soltarse de la línea de vida y por ello el Ministerio del Trabajo, archivó la investigación sin responsabilidad, además, mencionó que no existía prueba de los integrantes de la UT La Fontana, ni del objeto de su conformación, por lo que no existía fundamento para que sus representadas fueran llamadas como demandadas e incluso no existía prueba que permitiera acreditar la persona jurídica que se encontraba ejecutando la obra donde ocurrió el accidente.

A su turno, Equidad Seguros de Vida OC, indicó que los requisitos para que surgiera obligación de su representada, eran los siguientes: i) que la persona se encontrara afiliada al sistema; ii) que esté al día en el pago de sus cotizaciones; iii) que una vez ocurrido el accidente de trabajo este fuera considerado de carácter laboral y iv) que la persona se encontrara realizando laborales para las que fue contratado y

[2] Pedro Nel Mayor y Carlos Fontalvo y Carlos Fontalvo.

que fueron reportadas por su empleador al momento de realizar la afiliación, señalando que en este caso, el trabajador se encontraba afiliado al sistema de riesgos como trabajador de la empresa Bienestar Social MT SAS, por lo tanto para que surgiera obligación en su cabeza, el accidente debió haberse dado en ejercicio de sus laborales como trabajador de la empresa mencionada, por lo que solicitó confirmar la sentencia.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes Liced Fainory Valencia, en su propio nombre (compañera permanente) y en representación del menor Juan Esteban Gamboa Valencia (hijo) y los señores Emma Contreras Pulido y Juan Bautista Gamboa León (padres), en las calidades referidas del señor Juan Pablo Gamboa Contreras (Q.E.P.D.) solicitaron que se declarara que entre éste y el señor Jorge Olmedo Murillo Gallego, existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, que el ultimo salario devengado ascendió al SMLMV para 2015, que el contrato finalizó con ocasión de la muerte del señor Gamboa, que el señor Murillo Gallego y las empresas que conforman la UT La Fontana, Constructora Majumi SAS y Metaconstrucciones SAS, eran responsables del accidente y solidariamente responsables de las demás pretensiones por ser las dueñas de la obra, que Bienestar Social MT S.A.S es una simple intermediaria, que la ARL la equidad es responsable del pago de la pensión de sobrevivientes, en favor de la compañera y su menor hijo, en consecuencia se condene a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios a favor de

la compañera y su menor hijo, al pago de perjuicios morales, pago de daños a la vida de relación, pensión de sobrevivientes a favor de la compañera y su menor hijo, al pago de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales en favor de la compañera, a lo que resulta probado a lo ultra y extra petita y a las costas del proceso. Subsidiariamente, en caso que no se le diera cobertura al evento mortal ocurrido por la ARL, se condenara a la UT La Fontana y al señor Jorge Olmedo Murillo a pagar la pensión de sobrevivientes reclamada.

En sustento de sus pretensiones, mencionaron que entre Juan Pablo Gamboa y Jorge Olmedo Murrillo, existieron diversos contratos de trabajo; que la última relación laboral inició el día 5 de junio de 2015; que entre el señor Jorge Olmedo Murillo y las empresas integrantes de la U.T. La Fontana, se celebró contrato de prestación de servicios que tenia como objeto el servicio de estuco y pintura de 68 casas; que el señor Juan Pablo Gamboa fue contratado por el señor Jorge Olmedo Murillo para realizar labores de pintura en favor de la U.T. La Fontana; que el señor Juan Pablo Gamboa, fue afiliado por su empleador a las entidades del SGSS a través de la empresa Bienestar Social MT SAS.

Así mismo, frente al accidente señalaron que el 21 de julio de 2015, el señor Juan Pablo Gamboa, en cumplimiento de las instrucciones de su empleador, se dispuso a pintar la parte exterior de las tejas de algunas casas del condominio la Fontana en Villavicencio, cuando a las 11:35 am sufrió una caída de 10,50 metros que le ocasionó la muerte; que dicho accidente fue calificado por la ARL la Equidad Seguros de Vida, como de origen laboral sin cobertura; que el día de la

accidente el señor Gamboa no contaba con Elementos de Protección Personal, la actividad se ejecutó sin un coordinador de trabajo en alturas, no se contaba con un sistema de evaluación de competencias, no fue capacitado en trabajo en alturas, ni contaba con certificación para ello, no se contaba con procedimiento seguro para ejecutar la actividad, no se tenía un plan de emergencia ni procedimiento de supervisión, tampoco había un sistema de SGSST ni se contaba con permiso de trabajo.

Cómo fundamento normativo citaron los artículos 1, 5, 9, 11, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 34, 35, 55, 57, 216, 348, 349, 350 del CST, los artículos 12, 25, 42, 51, 52, 53, 56 y 74 del CPTSSS, los artículos 1602, 1603, 1604, 1613, 1614, 1615, 1617, 1627, 2342, 2358 y 2359 del CC, la Ley 9 de 1979, el Decreto 614 de 1984, el Decreto 1295 de 1994, el Decreto 1772 de 1994, la Ley 776 de 2002, la Ley 789 de 2002, el Decreto 3615 de 2005, la Ley 1562 de 2012, y las Resoluciones 2400 de 1979 y 1409 de 2012.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Metaconstrucciones SAS, contestó la demanda como se observa a folios 470 a 488, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta que no se adeudaban las sumas solicitadas, tal y como se exponía en las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la relación causal, cobro de lo no debido, buena fe del demandado, mala fe del demandante, prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Equidad Seguros de Vida O.C. Administradora de Riesgos Laborales, dio contestación a la demanda como se aprecia a folios 489 a 504, en donde se opuso a las pretensiones que se reclamaban respecto de ella, señalando que no estaba a cargo de la ARL el reconocimiento y pago de las prestaciones que se derivaran del accidente del señor Gamboa, pues reitero que si bien éste estaba afiliado a la ARL, el accidente se presentó cuando prestaba servicios para persona diferente (Jorge Olmedo Murillo) al empleador que lo afilió (Bienestar Social MT SAS). Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de cobertura por parte de la administradora de riesgos laborales la Equidad Seguros de Vida OC, falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia de los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes, inexistencia de obligación a cargo de mi representada porque las pretensiones incoadas no están cubiertas en el sistema de riesgos laborales, falta de cobertura, prescripción y genérica y otras.

Constructora Majumi SAS, contestó la demanda, como se observa a folios 586 a 603, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta que no se adeudaban las sumas solicitadas, tal y como se exponía en las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la relación causal, cobro de lo no debido, buena fe del demandado, mala fe del demandante, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la culpa suficientemente comprobada.

El señor Jorge Olmedo Murillo Gallego, contestó la demanda, como se observa a folios 612 a 635, oponiéndose a todas y cada una de las sumas solicitadas, pues partían de la existencia de un contrato de trabajo que nunca existió y de un accidente que nunca se presento por su culpa, tal y como se expondría en los excepciones de meritó que presentó denominadas: inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la relación causal, cobro de lo no debido, buena fe del demandado Jorge Olmedo Murillo, mala fe de los demandantes, extinción de la obligación por prescripción, falta de legitimación sustancial por pasiva, ausencia de culpa y transacción.

Mediante auto del 5 de marzo de 2018, notificado por estado el día 6 del mismo mes y año, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Bienestar Social MT SAS.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de septiembre de 2020, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entré el señor JORGE OLMEDO MURILLO GALLEGO identificado con C.C. No. 6.138.934 y el señor Juan Pablo Gamboa Contreras identificado con la C.C. No. 1.121.855.410 (Q.E.P.D.) existió un contrato de trabajo el cual estaba vigente al momento de la ocurrencia del accidente de trabajo ocurrido el 21 de julio de 2015.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** solidariamente responsables de las empresas CONSTRUCTORA MAJUMI SAS y METACONSTRUCCIONES SAS que conforman LA UNIÓN TEMPORAL LA FONTANA, del pago de las acreencias laborales reclamadas en la demanda.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** al Señor JORGE OLMEDO MURILLO GALLEGO y solidariamente a las empresas a pagar a favor de la demandante señora LICED FAINORY VALENCIA AGUILAR y a su menor hijo JUAN ESTEBAN GAMBOA VALENCIA la indemnización*

plena de perjuicios así: la suma de $71.089.589 ,91 por lucro cesante consolidado y la suma de 187.060.992,86 Cómo el lucro cesante Futuro para un total de $258.150.582,77, en un porcentaje del 50% para cada uno de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

***CUARTO: CONDENAR** al Señor JORGE OLMEDO MURILLO GALLEGO y solidariamente a las empresas CONSTRUCTORA MAJUMI SAS y METACONSTRUCCIONES SAS que conforman LA UNIÓN TEMPORAL LA FONTANA, a pagar los perjuicios morales así:*

LICED FAINORY VALENCIA AGUILAR (compañera): 50 SMLMV
JUAN ESTEBAN GAMBOA VALENCIA (hijo): 50 SMLMV
EMMA CONTRERAS (madre): 70 SMLMV
JUAN BAUTISTA GAMBOA LEON (padre): 50 SMLMV

***QUINTO: CONDENAR** al señor JORGE OLMEDO MURILLO GALLEGO y solidariamente a las empresas CONSTRUCTORA MAJUMI SAS y METACONSTRUCCIONES SAS que conforman LA UNIÓN TEMPORAL LA FONTANA, al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora en un 50% a la señora LICED FAINORY VALENCIA AGUILAR, en calidad de compañera permanente del causante y en un 50% al menor JUAN ESTEBAN GAMBOA VALENCIA en calidad de hijo del causante hasta los 18 años o hasta los 25 si se acredita que sigue estudiando, en cuantía de un salario mínimo y por 13 mensualidades al año.*

***SEXTO: ABSOLVER** al señor JORGE OLMEDO MURILLO GALLEGO y solidariamente a las empresas CONSTRUCTORA MAJUMI SAS y METACONSTRUCCIONES SAS que conforman LA UNIÓN TEMPORAL LA FONTANA del pago de las prestaciones sociales reclamadas.*

***SÉPTIMO: ABSOLVER** a la empresa BIENESTAR SOCIAL MT SAS y a la ARL LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.*

***OCTAVO: CONDENAR** en costas a la parte demandada fijando como agencias en derecho la suma de 10.000.000.”*

Como fundamento de su decisión argumentó que ateniendo lo señalado en los artículos 22 al 24 del C.S.T. y el principio de la realidad sobre las formas, así como, lo dispuesto en el contrato de prestación de servicios suscrito entre el señor Juan Pablo Gamboa y Jorge Olmedo Murillo, que tenía por objeto “mano de obra blanca – pintura”, las declaraciones de los demandantes y los testimonios recibidos, se acreditó que existió una prestación personal del servicio y dado que la actividad realizada escapaba de aquellas que pudieran generarse de manera libre, se determinó que entre

las partes existió un contrato de trabajo vigente al 21 de julio de 2015, esto es, al momento de la ocurrencia del accidente, no obstante, se indicó que al no poder determinarse el extremo inicial se absolvería del pago de las prestaciones sociales y que en todo caso estas se podrían cruzar con el contrato de mutuo realizado en favor de Liced Fainory Valencia.

Respecto a la indemnización total y ordinaria de perjuicios por culpa patronal, indicó que la ocurrencia del accidente se encontraba acreditada, que en estos eventos debía analizarse el cumplimiento o incumplimiento de las normas que evitan la ocurrencia de accidentes enfermedades laborales y en este caso en concreto lo relacionado con trabajo en alturas, señalando que conforme a la normatividad no era suficiente suministrar charlas, dotar de elementos de protección personal, afiliación a ARL y practicar de exámenes de aptitud física para tal trabajo, señalando que las obligaciones iban más allá al punto que debía haber un supervisor que efectuara control del estricto cumplimiento de normas de seguridad, se suspendieran las actividades ante el incumplimiento de las mismas, se suministraran elementos de protección personal seguros, destacando para el caso, que no había supervisión, ni el trabajador, ni la empresa contaban con certificado de trabajo en alturas[3], no había programa de protección ante eventual cada, no programa de SGSST y matriz de peligros, la afiliación del trabajador a ARL fue con Bienestar Social MT, se omitió entrega de elementos de protección personal (no

[3] Sobre el particular se indicó que teniendo en cuenta la certificación del SENA, la empresa HSQ INTERNACIONAL, que dio constancia que el señor Juan Pablo Gamboa asistió a curso de trabajo en alturas, no tenia autorización para tal capacitación pues ello solo ocurrió hasta la expedición de la Resolución 308 de 2016, dada la vigencia de esta, y que tal empresa no reportó certificación relacionada con el señor Juan Pablo Gamboa.

calzado adecuado) y dado que el accidente fue calificado como de origen laboral, se concluyó que existió culpa patronal.

Frente a la pensión de sobrevivientes, se declaró probada la excepción de falta de cobertura de ARL Equidad, con ocasión de las irregularidades en la afiliación del demandante, pues quien lo afilió fue la empresa Bienestar Social MT SAS y no como trabajador del señor Jorge Olmedo Murillo, siendo al servicio de este último cuando ocurrió el accidente mortal, acto seguido, se precisó que conforme lo dispuesto en el art. 91 del Decreto 1295 de 1994 y el articulo 12 de la Ley 776 de 2002, ante el incumplimiento de la afiliación a ARL la consecuencia era la asunción del riesgo, por lo que al estar acreditada la condición de hijo del menor y la convivencia de la compañera durante 7 años conforme se derivaba de las declaraciones extrajuicio, se procedió a reconocer en favor de estos la pensión de sobrevivientes, en cuantía de 1 SMLMV.

Finalmente, se indicó que como la muerte del señor Juan Pablo Gamboa ocurrió cuando se desarrollaba una actividad en favor de la UT La Fontana (pintando casas del condominio), dueña de la obra, la cual celebró contrato con el señor Jorge Olmedo Murillo, quien a su turno había contratado al señor Juan Pablo Gamboa y dado el objeto social de las empresas que conformaban la Unión Temporal, era claro que operaba la solidaridad en los términos del artículo 34 del C.S.T. y por tanto Constructora Majumi SAS y Metaconstrucciones SAS, eran solidariamente responsable de las condenas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, presentó recurso de apelación en los siguientes puntos, el primero, relacionado con el reconocimiento de lucro cesante consolidado, a efectos que se verificara la liquidación realizada conforme a la formula de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, incrementando su valor, también refirió que frente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas, que se propusieron como extremos de la relación el 20/01/2014 al 21/07/2015 y que aunque se realizó el pago por un mutuo, la suma por tal concepto era superior a esta.

Igualmente, solicitó la modificación del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para que se impusiera a cargo de la ARL Equidad, teniendo en cuenta que nunca se desconoció la afiliación y que la misma estaba vigente al momento del accidente, precisando que lo que se indicó fue falta de cobertura, por reportarse un centro de trabajo diferente, auque esta era una carga administrativa de la ARL, que no fue verificada, siendo que la finalidad era cubrir un riesgo V, en donde la empresa Bienestar Social, fue un simple intermediario y dado su objeto social, venta de seguros, resultaba absurdo que reportara afiliación para construcción, teniendo la ARL la facultad legal para objetar la afiliación, por lo que las omisiones administrativas en que incurrió la ARL, debían tener una consecuencia jurídica y por tanto al existir la afiliación, estar el riesgo amparado y materializarse el mismo, debía proceder el reconocimiento a su cargo.

Por su parte, el apoderado del señor Jorge Olmedo Murillo, solicitó revocar en su totalidad la sentencia y se declararan probadas las excepciones propuestas, argumentando que las consideraciones efectuadas para declarar la existencia de un contrato de trabajo habían sido demasiado ligeras, por cuanto si bien se había probado la prestación del servicio, no se probó que esta fuera personal, pues de lo indicado por los testigos e incluso los familiares, se desprendía que para las actividades de pintura y estuco el señor Juan Pablo Gamboa llevaba ayudantes, lo que fue pasado por alto y con solo considerar acreditaba la prestación personal del servicios, se pasó a analizar las prestaciones, sin que se analizaran las pruebas para determinar la existencia de los elementos del contrato, tales como lo relacionado con la subordinación, pues no había prueba que diera cuenta que el señor Olmedo Murillo diera ordenes al señor Juan Pablo.

Subsiguientemente, respecto a la culpa patronal, indicó que no existió culpa suficientemente comprobada, pues las consideraciones frente a ello eran contradictorias en la medida en que no se señaló porque se desestimaron las pruebas que establecían que el empleador no fue negligente, ya que los testimonios hacían referencia a que el señor Juan Pablo, al momento de realizar la actividad, tenia todos los elementos de protección personal, se estableció que recibían charlas sobre seguridad y se hacían rondas y sino se estaba cumpliendo se solicitaba no ejecutar funciones, también enfatizó que si bien se indicó que el señor Gamboa, no tenía zapatos no existía nexo de causalidad entre ello y el accidente y además no existía prueba que en alguna otra ocasión se hubieran

inobservado las normas de seguridad por el trabajador, solo el día del accidente, finalmente aludió que la certificación del SENA, lo único que demostraba era que la empresa estaba expidiendo certificados sin autorización, pero esa responsabilidad no se le podía trasladar y en todo caso, el documento no había sido tachado por la parte demandante.

A su vez, el apoderado de las demandadas Majumi y Metacobstrucciones, presento reparo en forma integral contra la sentencia, sustentando en que el vínculo que ató al señor Juan Pablo Gamboa con Jorge Olmedo Murillo, fue civil y comercial, que se ejecutaba con autonomía como se evidenciaba en las pruebas; que en este caso no se configuraron los elementos esenciales, pues aunque hubo servicio no hubo prestación personal, pues los testigos directos señalaron que el señor Juan Pablo tenia ayudantes y él era quien les pagaba a estos subcontratistas, con lo que se desvirtuaba la presunción legal; que en este caso, se dio por probado que existió un contrato, pero no fue posible identificar el día en que este inició, siendo que la propia parte actora indicó que existieron varios contratos y que los testigos también refirieron que el señor Gamboa realizó actividades con avisos y pintura de otra obra y que además conducía un taxi.

Frente al accidente, señaló que debía tenerse en cuenta la relación de causalidad a efectos de poder probar la ocurrencia del accidente de trabajo, sobre el particular indicó que la parte actora refirió que el señor Gamboa no tenia casco, arnés ni ningún elemento de protección personal, no obstante, de la

investigación adelantada por el Ministerio del Trabajo, la Fiscalía General de la Nación, se desprende que si se contaba con los elementos, desconociéndose la razón por la que en el fallo no se tuvo en cuenta que la única causa del accidente fue que el señor Gamboa se soltó de la línea de seguridad, requiriendo prueba técnica para demostrar que el resultado habría sido diferente si se contara con otros elementos y para determinar que una persona que se lanza de cabeza no le pasaba nada.

Así, resaltó, que no se pretendía demostrar una compensación de culpas sino de inexistencia de nexo causal, pues la empresa había sido responsable, ya que había un coordinador que realizaba el control de las actividades y se suministraron los elementos de protección, además refirió que el despacho obvió la prueba de que la propia compañera aceptó que llamó al señor Gamboa, lo que influía en el accidente, llamadas que coincidían con el deceso, quedando claro que el señor Gamboa se soltó de la cuerda, siendo esto lo que produjo el accidente, pues en la investigación de la ARL, se indicó que el descenso era por la parte delantera y no por la trasera, con lo que se probaba la inexistencia de la causalidad, debiéndose además tener en cuenta la posición y forma de caída, pues no se trató de un resbalón, ya que no existió intención de protegerse

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala

estudiará si entre el señor Juan Pablo Gamboa (Q.E.P.D) y el señor Jorge Olmedo Murillo, existió un contrato de trabajo, si existió culpa suficientemente comprobada del empleador en el accidente de trabajo ocurrido y las pretensiones derivadas de estas determinaciones, así como, si la pensión de sobreviviente debía establecerse a cargo de la ARL Equidad Seguros.

Existencia del contrato de trabajo

En primer lugar, se abordará el estudio relacionado con la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Juan Pablo Gamboa y el señor Jorge Olmedo Murillo, precisando que la parte actora, tanto en la demanda como en la apelación, adujo que la relación acaeció entre el 20 de enero de 2014 y el 21 de julio de 2015, fecha de fallecimiento del señor Gamboa.

Sobre el particular, el artículo 23 del CST, consagra los elementos esenciales, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo del convocado a juicio demostrar

con hechos contrarios a los presumidos qué la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalar la Sala que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que lejos de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica; entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual. En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

Puntualizado lo anterior, lo primero que debe señalarse es que la prestación personal de los servicios del señor Juan Pablo Gamboa, en favor del señor Jorge Olmedo Murillo, contrario a lo sostenido por los recurrentes, se encuentra

acreditada con el contrato de prestación de servicios visto a folio 606 y 607 del expediente, cuyo objeto era prestar los servicios de mano de obra calificada en acabados de obra blanca, esto es, pintura de fachada, pintura tres manos, estuco, pintura de techos de Eternit, alfajía, baranda segundo piso, pintura de tanques de lavadero y retoque de pinturas para entrega de casa.

Lo anterior, se acompasa con lo indicado por el señor Jorge Olmedo Murillo, en la entrevista realizada ante la Fiscalía General de La Nación. el 21 de julio de 2015, en donde manifestó que el señor Juan Pablo *"(…) estaba dedicado únicamente a la pintura general, todo lo que tenga que ver con la pintada de las casas"* y mas adelante agregó *"yo lo distingo a él hace casi como 10 años, pero el solo trabaja conmigo por temporadas cuando había trabajo",* de igual forma, en el interrogatorio de parte absuelto por el mencionado señor, el mismo reconoció que se dedicaba a obra blanca en obras de construcción civil y que para ejecutar el contrato en la construcción de la Fontana contrató al señor Juan Pablo Gamboa, aspecto del cual también dan cuenta los testimonios de los señores Diana Marcela Ramírez (aseo en el condominio la Fontana), Pedronel Mayor (obra gris en el condominio la fontana) y Jairo Arnold Siza Acevedo (estuco en interiores en el condominio la fontana), quienes refrieron que el señor Gamboa realizaba obra blanca en el condominio la fontana.

Ahora bien, respecto al argumento que en este caso había una prestación del servicio y no una prestación personal del servicio, fundamentada en que se realizaban actividades en

otras obras, se conducía un taxi, e incluso se refiere que el señor Juan Pablo Gamboa podía contratar ayudantes, debe señalarse que si bien, el testigo Pedronel Mayor al preguntársele si el señor Gamboa podía contratar personal de apoyo indicó que una vez trajo un muchacho y que un fin de semana lo vio manejando taxi y por su parte, el testigo Jairo Arnold Siza Acevedo, indicó que entre enero y julio de 2015, estuvieron en 2 obras diferentes al condominio la Fontana, haciendo avisos en un hostal y pintando habitaciones en una casa particular, y ambos coinciden en que el trabajo no era continuó, pues había que esperar a que se terminara la obra gris, no puede pasarse por alto que el señor Jorge Olmedo Trujillo, en la entrevista realizada el 9 de junio de 2016, dentro de la investigación de campo efectuada en el proceso de investigación adelantado por la Fiscalía General de la Nación, este indicó lo siguiente frente al señor Juan Pablo Gamboa:

> *"(…) para el día de su muerte llevaba trabajando conmigo como un año aproximadamente de corrido, como yo tenia un contrato con la constructora la fontana de estuco y pintura de las del conjunto residencial la fontana (SIC), yo lo contrate a Juan Pablo para que me ayudara con ese trabajo junto con otras dos personas, con quienes teníamos un contrato verbal pero yo los hice afiliar a la sociedad administrativa (SIC) de fondos y pensiones porvenir , donde estaba afiliado por salud riesgos y pensiones, de esto quiero aportar una copia del certificado, la función de nosotros era la de estucar y pintar todas las casas, esas casas son de dos pisos con altillo es decir prácticamente de tres pisos (…)".*

De lo anterior, se colige que si había una prestación personal directa de los servicios, desplegada por el señor Juan Pablo Gamboa en favor del señor Jorge O. Murillo, resultando relevante en este punto, lo dicho por el testigo Jairo A. Siza, quien en su declaración también indicó que una casa podía demorarse pintando 2 – 3 días, pero que sobre una misma casa podría ejercerse esa misma labor en varias oportunidades, debido a actividades que se efectuaban en la

misma, por ejemplo con ocasión a la intervención del electricista debía volverse a pintar o para la entrega y dado que conforme al contrato No. 30 B suscrito entre la unión temporal La Fontana y el Señor Jorge Murillo Gallego, El 22 de julio de 2014 (fl. 126-136), éste tenía por objeto el servicio de estuco y pintura para 68 casas, resulta evidente el trabajo continuó desplegado por el trabajador, tal y como lo reconoció expresamente el señor Murillo, además de así haberse mencionado también por el testigo Orminso Niño Cárdenas (Esposo de la abuela de Liced) y en los interrogatorios de parte absueltos por los demandantes, compañera permanente y padres, quienes refirieron que el señor Gamboa trabajaba con el paisa haciendo alusión al señor Jorge Olmedo Murillo.

Respecto a la subordinación, la misma si encontró acreditada, pues aunque de los testimonios rendidos por el señor Pedronel Mayor y Jairo A. Siza, se desprende que no había horarios y el señor Juan Pablo Gamboa sabía lo que tenía que hacer, no es menos cierto, que estos indicaron que la constructora la Fontana era quien proporcionaba todos los elementos de seguridad, brindaba charlas sobre seguridad y que la SISO daba rondas a efectos de mirar quien estaba y quien no estaba cumpliendo, de lo que se colige que si había una subordinación en materia de seguridad industrial, precisando que si bien esta era desplegada por la Unión Temporal la Fontana, esta se efectuó con base en el contrato que tenía suscrito la Unión Temporal con el señor Jorge Olmedo Murillo.

Adicionalmente, debe tenerse presente que atendiendo lo mencionado por el señor Murillo en la entrevista aludida, es factible establecer el extremo inicial de la relación laboral que ató las partes, en la medida en que en ésta se señaló por el señor Murillo que para la fecha de fallecimiento del señor Gamboa, éste llevaba aproximadamente 1 año trabajando para él, resaltando que lo contrató con motivo del contrato que suscribió con la Constructora La Fontana y toda vez que el contrato entre la unión temporal La Fontana y el Señor Jorge Murillo Gallego, se suscribió el 22 de julio de 2014, esto es, un año antes del fallecimiento, se tiene como extremo inicial tal fecha.

En lo que respecta al salario, se tiene que desde el contrato de prestación de servicios se evidencia que el servicio prestado se efectuada a efectos de obtener una remuneración, pues se indicó que se recibirían unos honorarios, a razón de fachada y techo de $210.000 y por retoques de casa a entregar $100.000, lo cual también se acredita con lo señalado por el señor Jorge Olmedo Murillo, en el interrogatorio de parte rendido, en donde reconoció que el señor Juan Pablo Gamboa recibía un salario por los servicios, en esa medida, teniendo en cuenta lo antes señalado y dado que no fue posible establecer el valor que recibió el señor Gamboa, mes a mes, por los servicios prestados, y como quiera que no se puede devengar un salario inferior al mínimo legal, salvo que se trate de una jornada inferior a la máxima legal, hecho que aquí no fue acreditado, se tendrá como salario devengado el mínimo legal mensual vigente, es decir, para el año 2014, la suma de $616.000 y para el 2015, la suma de $644.350.

Así las cosas y previamente a entrar a determinar el valor de las prestaciones sociales reclamadas debe analizarse la excepción de prescripción propuesta por los demandados, así atendiendo a lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L, se tiene que los derechos laborales prescriben en el término de 3 años, no obstante, el simple reclamo escrito del trabajador presentado al empleador interrumpe la prescripción, por un lapso igual, en el caso bajo análisis tenemos que la presentación de la demanda, se realizó el 12 de enero de 2017, esto es, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de trabajo, de modo que no habría lugar a la prescripción de algún derecho, por cuanto, para este caso estarían prescritos los derechos anteriores al 12 de enero de 2014, siendo posterior el inicio de la relación laboral.

Prestaciones sociales

Así las cosas, se tiene que al señor Juan Pablo Gamboa le correspondían las siguientes sumas por concepto de prestaciones sociales de los años 2014 y 2015:

2014	
CESANTIAS	$273.778
INTERESES A LAS CESANTIAS	$14.601
PRIMA DE SERVICIOS	$273.778
2015	
CESANTIAS	$359.762
INTERESES A LAS CESANTÍAS	$24.104
PRIMA DE SERVICIOS	$359.762
VACACIONES 2014-2015	
VACACIONES	$322.175
TOTAL	$1.305.785

Ahora bien, no puede pasarse por alto que tanto en los hechos de la demanda como en el interrogatorio de parte, absuelto por la señora Liced Fainory Valencia, se indicó que los dineros entregados en el contrato de mutuo, suscrito el 9 de septiembre de 2015, entre Jorge Olmedo Murillo y Liced Fainory Valencia Aguilar, por valor $4.572.773 se cruzarían con la liquidación, y toda vez que en el fallo del a quo se hizo mención a este documento y a tal cruce, sin objeción del demandando, frente a ello, se tiene entonces que los valores de la liquidación ya fueron cancelados, por lo que no habría lugar a ordenar su pago.

Culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo.

De otra parte, debe señalarse que no existe controversia en la ocurrencia del accidente de trabajo mortal que sufrió el señor Juan Pablo Gamboa, mientras realizaba labores de pintura en el tejado de una de las casas del condominio la Fontana, cuando cayó de una altura aproximada de 10,50 mts, tal y como se desprende del reporte de accidente de trabajo (fl. 145 y ss), informe técnico de investigación de accidente o incidente de trabajo equidad seguros de vida OC riesgos profesionales, Dictamen de calificación de origen realizada por equidad seguros el 6 de agosto de 2015 (fl. 105 y ss) e investigación adelantada por la Fiscalía General de La Nación (fl. 689 y ss), además que de ello dio cuenta el testigo Pedronel Mayor, único testigo presente en el Condominio la Fontana al momento de la ocurrencia del accidente.

Se observa que los reparos sobre este asunto en particular se contraen a que no se señalaron las razones por las cuales se desestimaron las pruebas que establecían que el empleador no fue negligente, en lo relacionado con que el señor Gamboa contaba con todos los elementos de protección personal al momento del accidente, se determinó que recibían charlas sobre seguridad y se hacían rondas y si no se estaba cumpliendo se solicitaba no ejecutar funciones, el señor Gamboa contaba con certificación de trabajo en alturas, y si bien existió reparo en la certificación, ello lo que daba cuenta era que la empresa que la efectuó estaba expidiendo certificados sin autorización, pero esa responsabilidad no se le podía trasladar, también se indicó que no se tuvo en cuenta que la única razón del accidente fue que el señor Gamboa se soltó de la línea de seguridad, que no se pretendía demostrar una compensación de culpas sino de inexistencia de nexo causal, pues la empresa había sido responsable y no se tuvieron en cuenta pruebas como que la propia compañera aceptó que llamó al señor Gamboa en su jornada coincidiendo con el deceso.

Al respecto, debe señalarse que en sentencia SL3005-2021, se indicó *"Esta Sala, ha adoctrinado que cuando se endilga culpa al empleador por un comportamiento omisivo, la carga probatoria se traslada a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil, siempre que el actor especifique en qué consistió la omisión que endilga al empleador. Por ello al patrono incumbe acreditar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de velar por la integridad y seguridad de sus trabajadores,*

como lo dispone el artículo 1757 ibídem (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019 y CSJ SL2168-2019).”

Precisado lo anterior, y toda vez que en este caso los demandantes derivan la culpa del empleador del hecho que la Unión Temporal la Fontana y el señor Jorge Olmedo Trujillo, no entregaron elementos de protección personal idóneos para la actividad, no determinaron si el lugar de trabajo era adecuado y si tenia condiciones seguras, no se contaba con mecanismos para controlar los riesgos, no existía un coordinador de trabajo en alturas, no contaban con un sistema de evaluación de competencias del trabajador, no capacitaron al señor Juan Pablo Gamboa para trabajo en alturas, ni contaba con certificación para ello, así como tampoco contaban con lineamientos del sistema de acceso para trabajo en alturas, no se contaba con un procedimiento seguro, no había plan de emergencias, ni procedimiento de supervisión, así como tampoco se tenia permiso de trabajo, no había un sistema de seguridad y salud en el trabajo actualizado, no se tenía programa de protección anticaídas, ni se realizaban inspecciones respecto del equipo de alturas utilizado, se procederá a analizar si en este caso se cumplieron los deberes de prevención, cuidado y diligencia para con el señor Juan Pablo Gamboa.

Previo a lo anterior, debe destacarse que, tratándose del trabajo en alturas, tal actividad cuenta con diverso marco regulatorio, a efectos de prevenir los riesgos dados los elevados índices de accidentalidad y muerte, sobre el tema,

conviene recordar lo expuesto por la C.S.J., S.C.L, en sentencia SL5154-2020, en donde se aludió:

> *"(…)*
>
> *Ello inició con la expedición de las Resoluciones 2400 y 2413 de 1979, la aprobación del Convenio 167 de la Organización Internacional del Trabajo (1988) a través de la Ley 52 de 1993, sobre seguridad y salud en el trabajo del sector de la construcción, así como en los reglamentos técnicos de trabajo seguro en alturas por medio de las Resoluciones 3673 de 2008 y 1409 de 2012, y aquellos relativos a la acreditación de la idoneidad del personal que realiza estos trabajos riesgosos y la necesaria formación que debe impartirse para su ejecución, como puede leerse en las Resoluciones 0736 y 2291 de 2010, 1903 de 2013 y más reciente, las 3368 de 2014 y 1178 de 2017.*
>
> *(…)*
>
> *Nótese entonces que desde 1979 existe en Colombia una regulación en esta materia que pretendió que los empleadores cumplieran o hicieran cumplir al personal bajo sus órdenes, la obligación de instruir a sus trabajadores acerca de los riesgos inherentes al trabajo, suministrarles los equipos de protección adecuados y acordes a la naturaleza del riesgo de laborar en alturas y vigilar, inspeccionar y exigir el estricto cumplimiento de las normas de seguridad.*
>
> *Incluso, según el convenio 167 de la OIT los empleadores deben «interrumpir las actividades» que comprometan la seguridad de las personas trabajadoras en caso que no se adopten las medidas correctivas, bajo la idea central que en el trabajo debe anteponerse la vida y la seguridad de los trabajadores frente a otras consideraciones (CSJ SL9355-2017). (…)*
>
> *En este sentido el cargo segundo acierta al señalar que dicho juez no ahondó en el verdadero alcance del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, pues pasó por alto que en la averiguación de la culpa era necesario verificar que el empleador no solo capacitó al trabajador sobre las actividades realizadas, sino que ejerció de manera efectiva los controles para evitar el riesgo, si brindó las herramientas adecuadas y de calidad al trabajador para controlarlo (CSJ SL17216-2014, CSJ SL2644-2016 y CSJ SL10194-2017) y exigió el acatamiento correspondiente de las normas de seguridad respecto de una tarea de alto riesgo y que, en particular, registra elevados índices de accidentalidad y muerte (CSJ SL16102-2014)."*

Siendo claro que el trabajo en alturas es una actividad de alto riesgo, se tiene que, ante la ocurrencia de un infortunio relacionado con esta labor, se debe verificar si se capacitó al trabajador para ejecutar la actividad, si se ejercieron controles para evitar el riesgo, si se brindaron las herramientas adecuadas y se exigió el acatamiento de las normas de seguridad.

Ahora bien, frente a este último aspecto debe tenerse presente que a través de la Resolución No. 1409 del 23 de julio de 2012, se expidió el Reglamento de Seguridad para protección contra caídas en trabajo en alturas, vigente para la época de los hechos, en cuyo artículo 1° se indicó que el mismo se aplicaría *"(…) a todos los empleadores, empresas, contratistas, subcontratistas y trabajadores de todas las actividades económicas de los sectores formales e informales de la economía, que desarrollen trabajo en alturas con peligro de caídas."* y se determinó su obligatoriedad en todo trabajo en el que exista el riesgo de caer a 1,50 metros o más sobre un nivel inferior, contemplándose en el artículo 3, las obligaciones mínimas que debe cumplir el empleador que tuviera trabajadores que realizaran tareas de trabajo en altura con riesgo de caída, así:

> *"1. Realizar las evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales conforme a lo establecido en las Resoluciones 2346 de 2007 y 1918 de 2009 expedidas por el Ministerio de la Protección Social o las normas que las modifiquen, sustituyan o adicionen.*
>
> *2. Incluir en el programa de salud ocupacional denominado actualmente Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST), el programa de protección contra caídas de conformidad con la presente resolución, así como las medidas necesarias para la identificación, evaluación y control de los riesgos asociados al trabajo en alturas, a nivel individual por empresa o de manera colectiva para empresas que trabajen en la misma obra;*
>
> *3. Cubrir las condiciones de riesgo de caída en trabajo en alturas, mediante medidas de control contra caídas de personas y objetos, las cuales deben ser dirigidas a su prevención en forma colectiva, antes de implementar medidas individuales de protección contra caídas. En ningún caso, podrán ejecutarse trabajos en alturas sin las medidas de control establecidas en la presente resolución;*
>
> *4. Adoptar medidas compensatorias y eficaces de seguridad, cuando la ejecución de un trabajo particular exija el retiro temporal de cualquier dispositivo de prevención colectiva contra caídas.*
>
> *Una vez concluido el trabajo particular, se volverán a colocar en su lugar los dispositivos de prevención colectiva contra caídas;*
>
> *5. Garantizar que los sistemas y equipos de protección contra caídas, cumplan con los requerimientos de esta resolución;*

6. Disponer de un coordinador de trabajo en alturas, de trabajadores autorizados en el nivel requerido y de ser necesario, un ayudante de seguridad según corresponda a la tarea a realizarse; lo cual no significa la creación de nuevos cargos sino la designación de trabajadores a estas funciones.

7. Garantizar que el suministro de equipos, la capacitación y el reentrenamiento, incluido el tiempo para recibir estos dos últimos, no generen costo alguno para el trabajador;

8. Garantizar un programa de capacitación a todo trabajador que se vaya a exponer al riesgo de trabajo en alturas, antes de iniciar labores.

9. Garantizar que todo trabajador autorizado para trabajo en alturas reciba al menos un reentrenamiento anual, para reforzar los conocimientos en protección contra caídas para trabajo seguro en alturas. En el caso que el trabajador autorizado ingrese como nuevo en la empresa, o cambie de tipo de trabajo en alturas o haya cambiado las condiciones de operación o su actividad, el empleador debe también garantizar un programa de reentrenamiento en forma inmediata, previo al inicio de la nueva actividad.

10. Garantizar la operatividad de un programa de inspección, conforme a las disposiciones de la presente resolución. Los sistemas de protección contra caídas deben ser inspeccionados por lo menos una vez al año, por intermedio de una persona o equipo de personas avaladas por el fabricante y/o calificadas según corresponda.

11. Asegurar que cuando se desarrollen trabajos con riesgo de caídas de alturas, exista acompañamiento permanente de una persona que esté en capacidad de activar el plan de emergencias en el caso que sea necesario;

12. Solicitar las pruebas que garanticen el buen funcionamiento del sistema de protección contra caídas y/o los certificados que lo avalen. Las pruebas deben cumplir con los estándares nacionales y en ausencia de ellos, con estándares internacionales vigentes para cada componente del sistema; en caso de no poder realizar las pruebas, se debe solicitar las memorias de cálculo y datos del sistema que se puedan simular para representar o demostrar una condición similar o semejante de la funcionalidad y función del diseño del sistema de protección contra caídas;

13. Asegurar la compatibilidad de los componentes del sistema de protección contra caídas; para ello debe evaluar o probar completamente si el cambio o modificación de un sistema cumple con el estándar a través del coordinador de trabajo en alturas o si hay duda, debe ser aprobado por una persona calificada;

14. Incluir dentro de su Plan de Emergencias un procedimiento para la atención y rescate en alturas con recursos y personal entrenado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la presente resolución; y,

15. Garantizar que los menores de edad y las mujeres embarazadas en cualquier tiempo de gestación no realicen trabajo en alturas.

16. Es obligación del empleador asumir los gastos y costos de la capacitación certificada de trabajo seguro en alturas o la certificación en dicha competencia laboral en las que se deba incurrir.

Parágrafo. Las empresas podrán compartir recursos técnicos, tales como equipos de protección, equipos de atención de emergencias, entre otros, garantizando que en ningún momento por este motivo, se dejen de controlar trabajos en alturas con riesgo de caída en ninguna de estas empresas, de acuerdo con lo estipulado en la presente resolución y en ningún momento se considerará esto como un traslado de responsabilidades, siendo cada

empresa la obligada a mantener las adecuadas condiciones de los recursos que utilicen."

Conforme a las anteriores consideraciones, se procede a analizar si el empleador cumplió con la carga que le asistía, debiéndose mencionar que en este caso, aunque se encontraba acreditado que el señor Juan Pablo Gamboa, al momento del accidente contaba con arnés y casco, tal y como se desprende del informe técnico de investigación de accidente o incidente de trabajo equidad seguros de vida OC riesgos profesionales y de la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, ello per se no desvirtúa el cumplimiento de las medidas de seguridad necesarias, pues el hecho que portara tales elementos no permiten establecer que cumplieran las condiciones de resistencia necesarias o si eran óptimos para la actividad que realizaba el trabajador, asimismo, no puede perderse de vista que en la investigación de la fiscalía, en lo relativo a la inspección técnica de cadáver, en el acápite de examen externo del cuerpo, se indicó en el numeral 2° "descripción", frente a las prendas de vestir lo siguiente: *"viste buzo tipo polo con franjas horizontales color azul y blanco con jean color beige con unas sandalias y/o chancla plástica en su pie izquierdo"*, de lo que se colige que no contaba con el calzado adecuado para tales actividades, que requiere de agarre para garantizar estabilidad en la ejecución de sus actividades, por lo que no se contaba con el equipo de seguridad completo.

Aunando a lo anterior y aunque los testigos Pedronel Mayor y Jairo Arnold Siza Acevedo, indicaron que la constructora proporcionaba todos los elementos de seguridad,

se brindaba charlas sobre seguridad y que la SISO daba rondas a efectos de mirar quien estaba y quien no estaba cumpliendo, y se indicó por el primero, que el día del accidente él lo vio pintando el techo y portando el arnés y asegurado a línea de vida, no se allegaron documentos que permitieran establecer que el equipo de trabajo en alturas estaba certificado, quien se desempeñaba como SISO en la obra y que este estuviese certificado en trabajo en alturas tal y como lo exige el articulo 10 de la Resolución 1409 de 2012, no se allegaron soportes de las charlas sobre seguridad recibidas, máxime que el testigo Pedronel Mayor refirió que no vio al señor Gamboa en esas capacitaciones y que este le indicó que él ya sabía de eso, declaración que resulta de peso, pues el otro testigo, señor Jairo A. Siza, refirió no estar prestando sus servicios en el condominio de la fontana días antes del fallecimiento.

De otra parte, frente a la certificación de trabajo en alturas, que se refiere fue allegada por el trabajador, resulta extraño que en la entrevista rendida por el señor Jorge Olmedo Murillo, el 21 de julio de 2015, en la investigación realizada por la Fiscalía general de la Nación, al preguntársele si el señor Gamboa tenía algún conocimiento o curso de trabajo en alturas, contestó *"certificado no, pero él era el único encargado de realizar este tipo de trabajo, no era la primera vez que el realizaba esta labor",* y con posterioridad se hubiese allegado la investigación adelantada en la fiscalía y a este proceso carné y certificación de asistencia y aprobación del curso de trabajo avanzado en alturas, con fecha de expedición del 18 de junio de 2015, contando con la inconsistencia referida por

el a quo, esto es, que en la misma se hiciera alusión a la Resolución No. 308 de 2016, cuando para la fecha de expedición de la certificación dicha resolución no se había expedido, corroborándose con la respuesta otorgada por el SENA (fl. 64-665), siendo esta una de las entidades que podían entrenar y dar aprobación a las empresas que podían efectuar tales cursos (artículo 12 Resolución No. 1409 de 2012), que la empresa HSEQ INTERNATIONAL, no contaba con autorización de capacitación en trabajo seguro en alturas en el año 2015 y que la misma no reportó certificación del 18 de junio de 2015, relacionada con el señor Juan Pablo Gamboa Contreras.

En todo caso, debe tenerse presente que no se requiere ser un experto, para advertir la inconsistencia presentada en el certificado, pues se trata de una certificación efectuada con sustento en un acto administrativo que databa del año siguiente a la expedición de la certificación, por lo que contrario a lo sostenido por el recurrente y en gracia de discusión, si esta se hubiese presentado por el trabajador, lo que evidenciaba era una falta de control en las obligaciones de verificación que le asistían respecto al certificado de trabajo en alturas.

Revisado el caudal probatorio, se advierte que tampoco se allegaron evaluaciones médicas ocupacionales para el trabajo a realizar, ni se aportó el programa de salud ocupacional o el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, ni del señor Jorge Olmedo Murillo, ni de la Unión temporal la Fontana (si es que estaba en actualización), a efectos de

verificar si el mismo contaba con el programa de protección contra caídas, medidas para la identificación, evaluación y control de los riesgos asociados al trabajo en alturas, no se remitió programa de inspección, ni plan de emergencias, aspecto que se corrobora con el informe técnico de investigación de accidente o incidente de trabajo equidad seguros de vida OC riesgos profesionales (fl. 115-118), en el cual si bien, se relaciona como empleador, a Bienestar Social MTS SAS, por ser esta empresa quien hace la afiliación del trabajador al SGSS, se indicó que en la visita de inspección realizada al lugar donde ocurrió el evento y el análisis de causalidad realizado se estableció que el presunto accidente tenía relación directa con los métodos y procedimientos peligrosos para trabajo en alturas, con la supervisión y liderazgo deficiente, ya que la empresa y el trabajador no estaban certificados en alturas, ni contaban con el programa de protección contra caídas tal como lo establecía la normatividad vigente y no se realizaban inspecciones antes ni después de terminada la jornada laboral del equipo de alturas utilizado.

Por las anteriores razones se tiene que, en este caso, si resulta suficientemente comprobada la culpa del empleador, debiéndose señalar que si bien se advierten unas conductas imprudentes desplegadas por el trabajador, como el hecho de hablar por celular mientras realizaba la actividad, tal y como se colige de lo expuesto en el interrogatorio de parte vertido por la señora Liced Fainory Valencia, quien refirió haberlo llamado el día de los hechos sobre las 10:00 am, lo que se corrobora con los reportes de llamadas entrantes al celular del

fallecido, expedidas por el operador móvil claro (fl. 683), y aparentemente no encontrarse asegurado a la línea de vida cuando ocurrió el accidente, resulta oportuno mencionar que nuestro Tribunal de Cierre también en la precitada sentencia SL3005-2021, señaló que no servía de justificación la experiencia del trabajador, ni un acto inseguro o imprudente que este pudiera cometer, en el evento en que exista culpa del empleador, en razón al desconocimiento de las obligaciones tendientes a minimizar los riesgos laborales, no desaparecía la responsabilidad del mismo, en la reparación de las consecuencias surgidas del infortunio, por lo que en estos eventos, la omisión en las deberes de prevención, cuidado y diligencia del empleador, también configuran el nexo causal con la ocurrencia del accidente.

Finalmente, debe señalarse que si bien en las entrevistas efectuadas por las señoras Liced Fainory Valencia (compañera permanente) y Emma Contreras (madre) en la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, ambas relataron unos problemas familiares que se vivían en el hogar del trabajador fallecido, de lo cual también dieron cuenta los testigos Pedronel Mayor y Jairo A. Siza, así como el intendente Daniel Arturo Montoya (quien recibió las entrevistas en la investigación adelantada en la fiscalía) y este último refirió que era difícil que el trabajador no presentara fracturas en sus extremidades en razón al instinto de supervivencia, debe tenerse presente que el proceso de investigación y judicialización por la muerte de Juan Pablo Gamboa, se archivó por atipicidad de la conducta, en razón a que no

participó agente externo y como se manifestó en el protocolo de necropsia la muerte era atribuida a causas accidentales.

Bajo las anteriores premisas, se confirmará la decisión del aquo.

Indemnización plena de perjuicios por lucro cesante consolidado.

Tratándose del lucro cesante consolidado, se solicita por la apoderada de la actora que se tenga en cuenta para su liquidación el criterio de la Corte Suprema de Justicia, no obstante, y aunque en la apelación no precisa cuales son los factores a tener en cuenta para ello, se advierte que en la demanda, en el acápite de cuantía indicó que debía calcularse teniendo en cuenta el salario base más el porcentaje respectivo por prestaciones sociales y parafiscales que ascendían al 35% menos el 10% de gastos de manutención.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta que la C.S.J, S.C.L., en sentencia SL633-2020 indicó que *"Frente al componente del lucro cesante, resulta apropiado rememorar que, se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico, o se recibe en menor proporción."* y en sentencia SL-SL5154-2020, se señaló *"Para efectos de liquidar el lucro cesante consolidado, se tomará como fecha inicial el 30 de noviembre de 2007 (f.° 58), data en que terminó el contrato de trabajo por muerte del trabajador, hasta la fecha de esta sentencia, para lo que se tendrá en cuenta el último salario que aquel devengó, esto es, $488.250, conforme a la certificación*

emitida por el empleador (f.° 4).", estableciendo la siguiente formula a aplicar:

De igual forma, se advierte que nuestro tribunal de cierre, en sentencia de Radicación No. 30821 del 11 de marzo de 2008, frente al tema indicó:

> *"Ahora bien, para efectos de determinar la condenas se seguirá el criterio adoptado por la Sala en sentencia de 22 de junio de 2005 (Radicación 23.643), en la cual se dijo que se acogerían las fórmulas adoptadas también por la Sala de Casación Civil de la Corte para calcular estos conceptos indemnizatorios en diversas sentencias, entre ellas, las de 7 de octubre de 1999 (exp. 5002), 4 de septiembre de 2000 (exp. 5260), 26 de febrero de 2004 (exp. 7069) y más recientemente de 5 de octubre de 2004 (exp. 6975),*
>
> VA = LCM x Sn
>
> "VA" es el valor actual del lucro cesante pasado total, incluidos intereses del 6% anual
>
> "LCM" es el lucro cesante mensual actualizado, y
>
> "Sn" el valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga "n" veces a una tasa de interés "i" por período.
>
> El factor "Sn", por su parte, se obtiene de la siguiente fórmula matemática:
>
> $$Sn = \frac{(1 + i)n - 1}{i}$$
>
> El factor "i" corresponde a los intereses legales del 6% anual (0.005).
>
> LCM = Lucro cesante mensual actualizado
>
> $$\text{Lucro Cesante} * \frac{\text{Ipc Final (30 oct 2020)}}{\text{Ipc Inicial (30 nov 2007)}}$$
>
> $$LCM = \$91.547 * \frac{(105.29)}{(64.51)}$$
>
> LCM = $149.418
>
> VA = LCM x Sn
>
> $$S = \$149.418 \times \frac{(1+0.005)^{153} - 1}{0.005}$$
>
> *en las que se calcula el lucro cesante consolidado multiplicando el monto del salario devengado para la fecha de retiro (en este caso es el de la muerte), actualizado hasta la fecha de la sentencia, por el factor de acumulación de montos que incluye el factor correspondiente por ese período al 0.5% mensual (6% anual) por interés lucrativo.*
>
> *Se toma como criterio la remuneración ordinaria en el último mes completo de servicios anterior a la muerte, esto es, sin tener en cuenta remuneraciones extraordinarias o compensatorias no habituales. Esa suma se ha de incrementar en un 25% a título de remuneración promedio por prestaciones sociales.*
>
> *Es la oportunidad también para la Sala de considerar la deducción que debe hacerse en reflejo de las que en su oportunidad debió haber hecho el causante para su manutención y sostenimiento, que por fuerza de ser gastos inevitables no pueden convertirse en lucro para sus beneficiarios, y que de conformidad con la práctica judicial y administrativa, tratándose de una familia integrada por cónyuge e hijos se estimará en el 25%."*

De conformidad con los criterios antes mencionados, se proceden a efectuar las operaciones aritméticas y se obtiene lo siguiente:

Fecha de corte para calculo[4]	=	**9/09/2020**
Fecha de accidente mortal	=	21/07/2015
Último salario devengado + 25% Prestaciones	=	$805.438[5]
Salario actualizado + 25% Prestaciones	=	$1.097.254[6]
Menos 25% gastos personales	=	$274.313
Lucro Cesante Mensual – LCM	=	$822.940
No. de Meses	=	61,7
Tasa de interés	=	0,005
LCM	=	$822.940
Sn	=	$\frac{(1+i)^n - 1}{i}$
Sn	=	$\frac{(1+0,005)\ ^61,7 - 1}{0,005}$
Sn	=	72,1
VA	=	$822.940 X 72,1
Lucro Cesante Consolidado	=	$59.306.911

Como se observa, los valores arrojados con las formulas establecidas por la Corte Suprema de Justicia, son inferiores a los valores determinados por el a quo, por lo que se procederá a modificar la sentencia a efectos de señalar que el lucro cesante consolidado asciende a $59.306.911.

Pensión de sobrevivientes

Finalmente, se advierte que tanto la apoderada de los demandantes como el apoderado del señor Jorge Olmedo Murillo, mencionan que la pensión de sobrevivientes ordenada debe estar a cargo de la ARL Equidad Seguros, por cuanto al

[4] Fecha de ssentencia de primera instancia.
[5] Salario mínimo legal mensual vigente del año 2015 más el 25% prestacional.
[6] Salario mínimo legal mensual vigente del año 2020 más el 25% prestacional.

momento del accidente mortal, el señor Juan Pablo Gamboa, se encontraba afiliado a dicha ARL.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que conforme a lo establecido en el Decreto 3615 de 2005 y en el Decreto 2313 de 2006, se tiene que la afiliación de los trabajadores independientes en forma colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral, solo podrá realizarse a través de las agremiaciones y asociaciones que este autorizadas por el Ministerio de Protección Social (artículos 2 y 6 Decreto 3615 de 2005), y a las que estén afiliados los trabajadores, precisándose que tratándose de la afiliación a ARL, esta solo podrá efectuarse a través de agremiaciones (articulo 2 del Decreto 2313 de 2006).

Aclarado lo anterior, debe señalarse que incluso las cooperativas de trabajo asociado tienen la prohibición de actuar como entidades de afiliación colectiva conforme se desprende del articulo 19 del Decreto 4588 de 2006 y articulo 7 de la Ley 1233 de 2008, luego, debe precisarse que tratándose de las Sociedades por Acciones Simplificada dada su naturaleza (art. 3 L. 1258 de 2008) y la finalidad de la mismas (Sentencia C-090 de 2014), se tendría que la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral sería ajena al giro de sus negocios, de lo que se puede colegir que la empresa Bienestar Social, estaría realizando una intermediación para la afiliación al SGSS que no estaba autorizada, pues es claro que el señor Juan Pablo Gamboa, no era un trabajador suyo tal y como se desprende de la respuesta al derecho de petición obrante a folios 90 a 92.

En esa medida, se tiene que la afiliación al SGSS del señor Juan Pablo Gamboa, realizada por Bienestar Social MT SAS, además de haberse realizado sin la autorización legal correspondiente, generaba un afiliación bajo una condición distinta a la que realmente se esperaba tener, cuyo impacto podría advertirse en situaciones como la aquí acaecida, esto es, que ante la materialización del riesgo "accidente de trabajo mortal", este quedara sin cobertura de la ARL, pues de una parte, se tiene que no estaba afiliado como contratista independiente sino dependiente a Bienestar Social MT SAS y al haber ocurrido el infortunio al servicio de un empleador distinto al que realizó la afiliación este quedó sin cobertura, debiéndose resaltar que incluso el reporte de accidente de trabajo lo hizo la empresa anunciada.

Ahora bien, al revisar el Decreto 1295 de 1994, se advierte que la clasificación del riesgo se determina por el empleador y la ARL al momento de la afiliación pero la clasificación de las empresas se efectúa en razón a la actividad económica que desempeñan y si bien se indica en el artículo 29 del mencionado Decreto que la clasificación puede modificarse por la ARL y para ello podrán verificar las informaciones de los empleadores, en cualquier tiempo, o efectuar visitas a los lugares de trabajo, al haberse diligenciado la información de Bienestar Social MT SAS, resultaba difícil para la ARL establecer que se trataba de una intermediación, pues de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1442 de 2014, las ARL están obligadas a aceptar las afiliaciones de todos los empleadores y sus trabajadores y de los trabajadores

independientes, sin sujeción a la clase de riesgo o actividad económica que desarrollen, especialmente porque aunque el objeto social este relacionado con un asunto determinado, ello no impide que eventualmente se tengan trabajadores para ejecutar otras actividades, por lo que la responsabilidad por la no afiliación del señor Juan Pablo Gamboa por quiera era su verdadero empleador no puede trasladársele a la ARL.

En ese orden de ideas, como en este caso se determinó que el empleador del señor Juan Pablo Gamboa, era el señor Jorge Olmedo Murillo y este incumplió con la obligación de afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales, establecida en el articulo 21 del Decreto 1295 de 1994, se tiene que la consecuencia de ello se encuentra consagrada en el artículo 4 y en el numeral 1° del literal a del artículo 91 del mencionado Decreto, esto es, que será responsable de las prestaciones que se otorgan en dicho decreto dentro de las que se encuentra la pensión de sobrevivientes, razón por la cual se confirmará la decisión el a quo.

Costas en esta instancia a cargo de los demandados Jorge Olmedo Murillo, Constructora Majumi SAS y Metaconstrucciones SAS.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de septiembre de 2020, bajo el entendido que el contrato que existió entre el señor JORGE OLMEDO MURILLO y JUAN PABLO GAMBOA CONTRERAS, estuvo vigente dentro del periodo comprendido entre el 22 de julio de 2014 y el 21 de julio de 2015, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de septiembre de 2020, bajo el entendido que por concepto de lucro cesante consolidado corresponde pagar la suma de $59.306.911., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS, en esta instancia a cargo de los demandados JORGE OLMEDO MURILLO, CONSTRUCTORA MAJUMI SAS y METACONSTRUCCIONES SAS. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de $400.000

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho, por valor de $400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **LUIS ROBERTO TABOADA LORA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

RADICADO: 11001 3105 031 2020 00300 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de marzo de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la apoderada de Colpensiones, quien refirió que a efectos del

reconocimiento de la pensión de vejez del demandante, se tuvo en estimación sobre las 1641 semanas plenamente validados un ingreso base de liquidación de $ 10.635.399, aplicando a este una tasa de remplazo del 67.29%, esto a su vez, tomando los últimos 10 años de cotización, elementos que en suma arrojan un valor de la mesada al 1° de octubre de 2017 de $ 7.156.560, aclarando que si bien se presentaba en su histórico de cotización simultaneidad en el pago de aportes de seguridad social, que para el caso se encontraban a cargo de la Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales – UGPP, por los periodos correspondientes a 1980/06/18 a 1981/06/22 y 1982/10/20 a 1984/02/01, y por la Universidad de Cartagena por los periodos de 1989/07/04 a 1994/12/31 y 1995/01/01 a 1995/08/22, dichos periodos simultáneos no cotizados al ISS, de igual forma se integraron y tuvieron en cuenta para el reconocimiento pensional.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que cotizó al Instituto de Seguros Sociales 1641 semanas, que el IBL era la suma de $13.151.337 y que la tasa de reemplazo para liquidar el derecho pensional era de 67,29%, en consecuencia, se condenara a la demandada a reliquidar y pagar el valor de las mesadas pensiónales sobre $ 8.849.534.66, o lo probado en el proceso, así como a reconocer y pagar el valor del retroactivo generado a partir del 1° de octubre de 2017, al pago de intereses moratorios desde el 1° de noviembre de 2017, a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que cotizó con varios empleadores para los mismos periodos de tiempo, los cuales se sumaban para efecto de obtención de la base liquidataria; que solicitó el reconocimiento de pensión el 2 de Octubre de 2017; que mediante Resolución del 3 de abril de 2018, la demandada le reconoció el derecho pensional sobre 1641 semanas de cotización y un ingreso base de cotización de $ 10.635.399; que interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, resueltos negativamente mediante Resolución SUB 110811 del 25 de Abril de 2018 y DIR 11008 del 12 de Junio de 2018, en las que se indicó que el IBL era de $10.635.399 y se le aplicó una tasa de remplazo de 67.29% y que, si se tenía en cuenta la historia laboral y se calculaba el IBC sobre el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, incrementado en el IPC, se tendría la suma de $13.151.337.

Cómo fundamento normativo citó el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto no existía ningún concepto pendiente de incluir, señalando que estimando todos los tiempos cotizados en los periodos comprendidos entre el 1980/06/18 y el 2017/04/21, aunado a la novedad de simultaneidad que se presentaba respecto a los aportes registrados, en atención al alcance de los artículos 18 y 19 (frente al IBC), artículo 21 (frente a la liquidación

pensional conforme a los últimos 10 años laborados) y el artículo 34 (respecto a la formula aplicable a efectos del reconocimiento pensional), se obtenía un IBL por de $10.635.399, y en consecuencia el valor de la primera mesada a 1° de octubre de 2017, daba como resultado $7.156.560 y que en atención a lo establecido en la Ley 33 de 1985, la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 1337 de 2016, la prestación reconocida, se encontraba a cargo de Colpensiones, en un 77.87%; de la Universidad de Cartagena, en un 16.11% y de la UGPP, en un 6.03%, lo que permitía establecer que la resolución del reconocimiento pensional se encontraba ajustada a derecho.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de marzo 2021, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO**: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante LUIS ROBERTO TAOBADA LORA a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO:** CONDENAR al demandante LUIS ROBERTO TAOBADA LORA al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***TERCERO:** Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses del demandante se CONCEDERÁ el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante en el evento de que la sentencia no sea apelada"*

Como fundamento de su decisión argumentó que en este caso la discusión giraba sobre el IBL, frente a lo cual sostuvo que la norma aplicable era el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; precisó que el IBL debía indexarse para determinar el ingreso al que se aplicaba la tasa de reemplazo. Acto seguido

mencionó que teniendo en cuenta el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones (5/11/2020) que no fue tachado de falso ni desconocido por la parte demandante, se procedería a realizar las operaciones aritméticas a efectos de determinar si el IBL fue el correcto, destacando previo a ello, que le asistía razón al demandante respecto a que había periodos en que simultáneamente se cotizaba con varios empleadores y por tanto debían sumarse los salarios base de cotización que correspondían a cada periodo; bajo las premisas expuestas, en todo caso encontró que no existía diferencia alguna entre el IBL tomado por Colpensiones en la resolución de reconocimiento y el liquidado por el juzgado.

De igual forma resaltó que si bien en algunos periodos el actor cotizó como independiente con unas cifras muy elevadas, tales cotizaciones no fueron continuas durante todo el tiempo y no era suficiente tomar este IBC como independiente y simultáneos de los últimos 3 años, pues para dar aplicación a la norma el IBL era el de los últimos 10 años y al realizar la liquidación no se evidenciaba suma deficitaria alguna.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, sustentó el recurso señalando que no solo debía tenerse en cuenta el reporte de semanas cotizadas que tuvo en cuenta el a quo, sino la historia laboral allegada, en donde se podían constatar no solo los aportes realizados como independiente sino también las cotizaciones que hicieron otros empleadores que no se

tuvieron en cuenta para determinar el IBL, destacando que el despacho tuvo en cuenta lo mismo que Colpensiones analizó para el reconocimiento pensional y le restó valor a los aportes realizados como independiente de los últimos 3 años, pero dentro de la historia laboral el demandante cotizó en sumas superiores, las cuales calculadas con el IPC, demostraban una diferenciación en el IBL que era lo que se reclamaba, que al ser tenidos en cuenta en el promedio de los últimos 10 años resultaban en una suma superior.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable la reliquidación de la pensión solicitada y las demás solicitudes derivadas de ello.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en que Colpensiones mediante Resolución No. SUB 87001 del 3 de abril de 2018, le reconoció pensión de vejez al señor Luis Roberto Taboada Lora, a partir del 1° de octubre de 2017, en cuantía inicial de $7.156.560, en virtud de lo establecido en el articulo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modif. Art. 9 Ley 797/03); tampoco es objeto de controversia que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993, con la modificación mencionada; que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y que la tasa de remplazo aplicable corresponde al 67,29%.

Precisado lo anterior y teniendo en cuenta que el reparo gravita en torno a la determinación del IBL, pues indicó que para su establecimiento no se tuvo en cuenta la historia laboral allegada, ya que solo se tuvo en cuenta el reporte de semanas cotizadas aportado por Colpensiones, en donde en el primero se podían constatar no solo los aportes realizados como independiente sino también las cotizaciones que hicieron otros empleadores.

Para resolver lo primero que debe señalarse es que la historia laboral y/o reporte de semanas cotizadas allegada por el demandante junto con la demanda carece de firma, aspecto que merece recordar lo adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL6557-2016, en donde se indicó:

> *"(…) la Sala recuerda que la cuestión de la eficacia probatoria de un documento depende, en líneas generales, de la posibilidad de conocer a ciencia cierta quién es su autor genuino. A partir de este conocimiento, se abre la posibilidad de entrar a valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de valoración probatoria y la sana crítica previstas en el C.P.C. y C.P.T y S.S. respectivamente.*
>
> *En ese orden, el art. 251 del C.P.C. en armonía con el art. 243 del C.G.P. prevé que los documentos se dividen en públicos y privados; a su turno el art. 252 del C.P.C. en concordancia con el art. 244 del C.G.P. establece que es auténtico un documento «cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuye el documento».*
>
> *En ese mismo sentido, el art. 264 del C.P.C. en relación con el art. 257 del C.G.P. señala que «Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza».*
>
> *Lo anterior significa que si bien es cierto pueden existir diferentes medios que lleven al Juez a tener certeza sobre la persona que elaboró, creo o autorizó un documento, cuando dichos medios son inexistentes, la firma se convierte en un elemento importante para identificar su autor, máxime en tratándose de la historia laboral, a partir de la cual se otorgará o negará el derecho prestacional reclamado, razón por la cual, antes de darle valor a su contenido debe establecerse si es auténtica.*
>
> *Es oportuno clarificar que si bien en sentencia CSJ SL14236-2015 la Sala le otorgó eficacia probatoria a una historia laboral sin firma, ello se hizo bajo la consideración que, en ese proceso, debido a la conducta procesal del I.S.S.,*

podía atribuirse su autoría a dicha entidad, toda vez que al dar respuesta a la demanda aludió a su contenido y se apoyó en él para construir su defensa. En aquella oportunidad se dijo:

(…)

En el caso de autos la situación es distinta, pues, además de que la historia laboral de folios 8 a 13 no se encuentra suscrita o manuscrita por un funcionario del I.S.S., esta entidad al dar respuesta a la demanda no reconoció expresa o implícitamente su contenido ni construyó su discurso de defensa con apego a ese documento, de modo que pudiera predicarse una comunidad de prueba. De otra parte, no existen precisos elementos o signos de individualización que permitan colegir que la administradora demandada la elaboró, aprobó o autorizó, motivo por el cual, no hay otro camino que restarle mérito probatorio para demostrar el número de semanas que cotizó Gloria Ceballos.

Lo dicho, no contradice lo previsto en el par. del art. 24 de la L. 712/2001, que modificó el 54 A del C.P.T. y S.S., dado que esta preceptiva se ocupa del valor probatorio de algunas copias simples, mas no autoriza que se obvien las exigencias legales referidas a la autenticidad de los documentos. En efecto, señala la norma:

(…)".

En esa medida y dado que al verificar la contestación de la demanda se advierte que el argumento de defensa realizado por Colpensiones, se sustenta en el expediente administrativo que dicha demandada allegó, de lo que se colige que fue esta la razón, por la que en el fallo de primera instancia se sustentó en el reporte de semanas cotizadas de noviembre de 2020, obrante en el expediente administrativo que se allegó por la demandada.

Atendiendo lo señalado en la demanda, se desprende que se solicitó la reliquidación de la pensión, por cuanto para la determinación del IBL no se tuvo en cuenta que se cotizó con varios empleadores para los mismos periodos de tiempo que debían sumarse para obtener la base liquidataria, situación que fue oportunamente advertida por la juzgadora de primera instancia, quien señaló que en efecto se evidenciaba que había periodos en los que se cotizó simultáneamente, los que debían sumarse para determinar el salario base de cotización de cada

periodo, y bajo esta premisa encontró correcto el IBL determinado por Colpensiones; advirtiéndose que es ahora en la apelación que se reclama de manera diferente por cotizaciones que no se tuvieron en cuenta, sin puntualizar de cuales se trata.

Al respecto, conviene recordar que la congruencia en materia de las decisiones judiciales, se circunscribe a las pretensiones y hechos planteados en la demanda, a las excepciones y circunstancias fácticas probadas en el proceso, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, por lo que se debe obrar en ese marco que edifica la relación jurídica sustancial y procesal en el espacio jurisdiccional, tal y como lo ha señalado la C.S.J en la SL-440-2021.

En ese orden de ideas y si en gracia de discusión, se debiera considerar la apelación pese a que desborda el marco de lo planteado en la demanda, se tiene que al revisar los reportes de semanas cotizadas en pensiones obrantes en el expediente administrativo allegado por Colpensiones de fechas 17 de octubre de 2017 y 5 de noviembre de 2020, evidencian las mismas cotizaciones y no existen empleadores que difieran en uno u otro registro, lo que se advierte es que en algunos casos el mismo empleador esta registrado con nombre o razón social abreviada; por ejemplo en un reporte figura como “cooperativa de trabajo asociado sol” y en otro como “cooperativa de traba” o “Fundación centro colombiano de Epil” y “Fundación centro col”. De igual forma, debe precisarse que en efecto se ven varios aportes simultáneos realizados por diferentes

empleadores e incluso por el demandante como independiente, los cuales en materia de semanas cotizadas, solo se tienen en cuenta una vez y se dejan asociadas al primer registro de empleador que figure en el mismo periodo y por eso los demás figuran en ceros, sin que eso quiera decir que no se computaron los salarios sobre los que se realizó la cotización, siendo esta la razón por la que su valor si se registra en el reporte de manera completa y correcta.

Adicionalmente, al revisar las certificaciones obrantes en el expediente administrativo, tales como las expedidas por el Hospital Regional de II nivel Nuestra señora de las Mercedes, la Secretaria de Salud Departamental respecto de la ESE Hospital Montecarlo del Carmen de Bolívar y de la Universidad de Cartagena, y verificar los valores registrados en los anexos, se advierte que los mismos figuran en el reporte de semanas cotizadas y fueron tenidos en cuenta para realizar el reconocimiento pensional según se desprende de la Resolución SUB 87001 del 3 de abril de 2018, tal y como se señaló por el a quo.

Finalmente, respecto a que se le restó valor a los aportes realizados como independiente de los últimos 3 años, debe mencionarse que los mismos si fueron tenidos en cuenta pues lo que se indicó fue que se tomó el promedio de los últimos 10 años para establecer el IBL, por ser el más favorable, en la medida en que las cotizaciones más altas se realizaron en los últimos años de la vida laboral del actor, de lo que resulta claro que las mismas si fueron tenidas en cuenta.

Bajo los anteriores premisas se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo del demandate.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de marzo de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho, por valor de $200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **MONICA ROCIO CESPEDES SANCHEZ** contra **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ - ESP.**

RADICADO: 11001 3105 007 2019 00585 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista, en el escrito obrante en el expediente, se reconoce a la doctora Claudia Marcela Medina Silva, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.037.539 y tarjeta profesional No. 143.576 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la demandada EAAB ESP, en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por los apoderados de las partes, el apoderado de la parte actora, solicitó revocar en su totalidad la sentencia proferida, aludiendo que la decisión presentaba fallas y errores consistentes en la no valoración de una prueba fundamental (Acuerdo No 24 del 20 de noviembre del año 2.015) y en la errada apreciación de otra (la CCT se suscribió el 24/11/2015, 4 días después de expedido el Acuerdo 24 de 2015, por lo que para la fecha de la firma de la CCT, ya se había decidido que no se requería concurso alguno para la vinculación a término indefinido de 1192 trabajadores).

Por su parte, el apoderado de la demandada, solicitó se confirma la decisión, reiterando los argumentos expuestos en el trámite de instancia, señalando que no existía fundamento jurídico para desconocer que el acceso a la planta de cargos de la EAAB ESP, se hacía través de concurso de méritos, no siendo válido pretender la parte desfavorable de la norma, que se alegaba como fuente de la pretensión.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que en la Convención Colectiva de Trabajo (en adelante CCT), celebrada entre la EAAB ESP y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia - SINTRAEMDES, el 24 de noviembre de 2015, se estableció que los contratos de trabajo de quienes estaban vinculados a la empresa para la firma de la CCT, eran a término indefinido, que se encontraba afiliada a la organización sindical SINTRAEMDES y que era beneficiaria de la CCT, en consecuencia, se determinara que el contrato a término fijo que suscribió el 2 de enero de 2013, era en realidad a término indefinido, por lo que, se debía insertar en el contrato tal estipulación, finalmente reclamó el pago de las costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones mencionó que suscribió contrato a término fijo con la EAAB ESP, el 2 de enero de 2013, cuyo término de duración fue hasta el 1° de julio de 2013, siendo contratada para desempeñarse en el cargo de auxiliar administrativo nivel 32, contrato que se prorrogó mediante diversos memorandos internos hasta el 30 de noviembre de 2015; que entre el 2 de diciembre de 2015 y el 31 d diciembre de 2016, se celebró entre las partes, nuevo contrato a término fijo, para desempeñar el mismo cargo y nivel, el cual se fue prorrogando mediante la firma de un numero plural de otro si, siendo la última prórroga hasta el 31 de diciembre de 2019; que siempre había desempeñado el mismo cargo; que no había realizado reemplazos; que no se trataba de un trabajo

ocasional o transitorio, ni de una obra o labor determinada y que al ser beneficiaria de la CCT, estaba vinculada mediante contrato a término indefinido y por tanto, no estaba sujeta a participar en el concurso establecido en la CCT.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 1°, 25, 29, 39 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 27, 74, 78, 80 y 82 del CPTSS, el articulo 38 de la Ley 50 de 1990 y la CCT suscrita entre la EAAB E.S.P. y SINTRAEMDES vigencia 2000-2003 y 2015-2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La EAAB ESP, contestó la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto la demandante hacia una transcripción cortada y acomodada de lo pactado convencionalmente, resaltando que la misma CCT, establecía que para el caso de los empleados que hacían parte de la planta transitoria debían tenerse en cuenta las previsiones señaladas en el artículo 51 convencional, también señaló que no existía fundamento fáctico y jurídico, que sustentara que un contrato a término fijo cambiara su naturaleza a indefinido y que lo que pretendía la demandante era ser contratada a término indefinido sin presentar el concurso de méritos que la misma CCT establecía. Propuso las excepciones de mérito que denominó: buena fe, prescripción e inexistencia del derecho.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de febrero de 2021, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO:*** **DECLARAR** que la señora demandante MONICA ROCIO CESPEDES SANCHEZ, se encuentra afiliada al sindicato SINTRAEMSDES y es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de noviembre de 2015, con la empresa empleadora EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.
>
> **SEGUNDO: DECLARAR** que la señora demandante únicamente puede ser vinculada a término indefinido con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. a través del concurso de méritos en los cuales ha participado y por los cuales se encuentra en lista de elegibles de acuerdo con la documental que se aportó como prueba.
>
> **TERCERO:** Se **ABSUELVE** a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., de las demás pretensiones de la demanda.
>
> **CUARTO:** Dadas las resultas del proceso se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.
>
> **QUINTO:** COSTAS a cargo de la demandante las agencias en derecho en favor de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. por valor de $600.000
>
> **SEXTO:** Ordénese la CONSULTA para que se surta ante el superior a favor de la demandante por haber sido totalmente desfavorable a las pretensiones de la demanda."

Como fundamento de su decisión, argumentó que de acuerdo con lo señalado en la CCT, los contratos serian a término indefinido y por excepción a término fijo, que la actora suscribió dos contratos a término fijo con la demandada, que el primero se suscribió antes de la suscripción de la CCT (24/11/2015) y el segundo se suscribió en diciembre de 2015, el que se había venido prorrogando hasta 2019, precisando que el artículo 29 de la CCT, contempló un régimen de transición que se aplicaba a la demandante, el cual, establecía que para poder acceder a un contrato a término

indefinido debía realizarse el concurso de méritos y que tal derecho no ocurría por el solo transcurso del tiempo.

Igualmente, precisó que para acceder a los cargos en las entidades públicas, se desarrollan principios de igualdad, equidad, debido proceso, concluyendo que el empleador, no estaba obligado a celebrar contrato a término indefinido, pues ni siquiera se evidenciaba que la demandante se hubiera presentado para el concurso de méritos para el cargo que desempeñaba, indicando que ello no afectaba el principio de favorabilidad, pues no había conflicto con las normas convencionales, en la medida que la única conclusión posible era que se debía respetar la norma convencional.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, presentó recurso de apelación en el que solicitó la revocatoria de la sentencia, por cuanto, se había hecho alusión a la carrera administrativa que no tenía aplicación para el caso, en tanto que la norma era expresa frente a la excepción de la misma para los trabajadores oficiales, por lo que era un desatino aplicar este para justificar los concursos, también señaló que se guardó silencio frente a las cláusulas que fueren desfavorables al trabajador, siendo que el artículo 1° de la CCT establecía que estos eran ineficaces.

De igual forma, indicó que no entendía porque se hablaba del régimen de transición y se desatendió el inciso 2 del artículo 57 de la CCT, que era categórico y contundente en

señalar que respecto a los trabajadores que estuvieran vinculados a la suscripción de la CCT, sus contratos serían a término indefinido, resaltando que a su turno el artículo 58, establecía que los contratos que no tuvieran carácter a término indefinido serían para eventos ocasionales o transitorios y que en ningún caso los contratos a término fijo podrían ser para situaciones que no obedecieran a las expuestas en dicha norma, por lo que se tenía que desde allí la empresa no podía contratar trabajadores a término fijo que no obedecieran al trabajo ocasional, concluyendo que los concursos eran para los trabajadores que no estuvieran vinculados al 24 de noviembre de 2015.

Por su parte, el representante del Ministerio Público, también apeló la decisión, indicando que apreciaba la precisión que se hacía sobre el concurso de méritos, acto seguido, indicó que los artículos 39 y 55 de la Constitución Política y el Convenio 98 de la OIT, garantizaban la libertad sindical y negociación colectiva, resaltando que tratándose de trabajadores oficiales no había restricción en este sentido y por tanto, se podían incluir garantías laborales como la de estabilidad, luego indicó que de la lectura de las normas de la CCT se desprendían 2 hipótesis, la primera para los trabajadores que estaban vinculados al 24 de noviembre de 2015, en donde sus vinculaciones serían a término indefinido y la segunda la de los vinculados con posterioridad a la fecha mencionada cuya vinculación seria a término indefinido agotado el concurso de méritos.

Subsiguientemente, mencionó que si había duda sobre la intelección de la norma, esta debía ser resuelta en favor del trabajador, conforme lo dispone art. 53 Constitución Nacional y 21 del Código sustantivo del Trabajo, debiéndose aplicar en este caso, la hipótesis 1, porque la demandante se desempeñaba en el mismo cargo, mismas funciones y mismo horario ocupacional, lo que demostraba la necesidad de sus servicios y el cumplimiento a satisfacción de las obligaciones laborales que conducían a la perdurabilidad del contrato, asimismo, enfatizó que como el segundo contrato fue suscrito con posterioridad a la celebración de la CCT y era plenamente aplicable a la demandante, dado que ya había entrado a regular su contrato, se tenía que el contrato suscrito el 2 de diciembre de 2015, devenía en ineficaz.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente establecer que el contrato que vincula a las partes es a término indefinido.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes se suscribió contrato de trabajo a término fijo, el 2 de enero de 2013, con un periodo inicialmente pactado hasta el 1° de julio de 2013, el cual se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015; ii) que con posterioridad, el 2 de diciembre de 2015, se suscribió nuevo contrato de trabajo a término fijo, contrato que seguía vigente para la fecha de presentación de la

demanda (27 de agosto de 2019) y iii) que la demandante ostentaba la calidad de trabajadora oficial y era beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre LA EAAB ESP y SINTRAEMSDES 2015-2019, tal y como se desprende de las documentales allegada y ser algunos hechos aceptados en la contestación de la demanda.

Precisado lo anterior, se acudirá a la CCT, a efectos de determinar lo que las normas convencionales disponen, resultandos relevantes para el presente asunto, los siguientes artículos:

"(…)

CAPITULO V
ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFON Y CURVASALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MÍNIMA DE LA EAB - ESP.

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EAB-ESP: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE 3.539 cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.

Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE (69) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB-ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; implementación que no podrá exceder el termino de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal oficial definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los cinco (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición, por una única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a Término Indefinido, Termino Fijo, Labor Contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.

Parágrafo 2: La EAB-ESP exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la Empresa, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de CCTV (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL).

(…)”

ARTÍCULO 39. ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL.

ARTÍCULO 39. ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, para fortalecer el Modelo de Gestión Público y la preservación del ciclo hidrológico del agua y la protección del medio ambiente, a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo y en un término máximo de diez (10) meses, se compromete a estudiar, discutir y definir en el seno del CODHE, la estructura empresarial, los procesos y procedimientos, garantizando su integralidad y la planta de personal requerida, como producto de los acuerdos establecidos en el presente proceso de negociación incluido el fortalecimiento del área de Hidrología y la creación de la Defensoría del Usuario. Los requerimientos de personal se establecerán en un término máximo de cuatro (4) meses, una vez se analice y se establezca dicha necesidad y se cumpla el trámite legal, se procederá a la provisión correspondiente con trabajadores con contrato a término indefinido.

(…)

Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.

CAPITULO VI
RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos con respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de productividad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos convencionales que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego del cual seguirá vinculado con las condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente. ***(Acta de Acuerdo No 7 de 2015)***

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS CON CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA.

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio. *(Acta de Acuerdo No 7 de 2015).*

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA.

La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Los trabajadores vinculados a la EAB-ESP mediante contratos a labor contratada que vencen el 30 de noviembre de 2015, se prorrogarán por seis (6) meses a partir de diciembre 1 de 2015 y hasta el 30 de mayo de 2016 en los términos de la presente convención colectiva de trabajo. ***(Acta de Acuerdo No 7 de 2015)***

(…)

CAPITULO VII
GARANTÍAS LABORALES

ARTICULO 57. CLASE DE CONTRATO.

ARTÍCULO 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La Empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.

Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

Parágrafo 1: Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días: cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley.

El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.

Parágrafo 2: La Empresa procurará la vinculación del personal transitorio al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de La Empresa. ***(Artículo 78 – Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63)***

ARTICULO 58. CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO A TÉRMINO FIJO.

ARTICULO 58. CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TERMINO FIJO: La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

Parágrafo: Lo anterior sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento. ***(Artículo 79 – Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 44 y CCT 2008-2011 art. 64)***

Conforme a las normas convencionales citadas, se tiene que la EAAB ESP, debía vincular a todos sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, especialmente aquellos que venían vinculados bajo otro tipo de contrato a la suscripción de la Convención Colectiva, salvo que se tratara de las excepciones previstas en el artículo 58, esto es, cuando se tratare de: 1) una obra o labor determinada; 2) de la

ejecución de un trabajo accidental o transitorio; 3) en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia y 4) en vacaciones definitivas, las cuales en todo caso no podrían ser superiores a 5 meses.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en este mismo clausulado convencional, se destaca en su artículo 51, que los contratos a término fijo celebrados por la EAAB E.S.P. en la planta transitoria, vencían el 30 de noviembre de 2015, al respecto debe tenerse en cuenta que verificado el primer contrato suscrito por la demandante con la EAAB E.S.P. (2 de enero de 2013), se advirtió que en la parte considerativa del mismo se indicó:

> *"Que en cumplimiento de lo establecido en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014, se vienen adelantando estudios correspondientes para definir el Modelo Público de Gestión Comercial, Operativa y Social de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado, el cual estará definido en el año 2013, por lo que es necesario celebrar contratos de trabajo a término fijo, por un periodo de seis (6) meses, según el modelo publico que se defina, todo conforme el Acta suscrita entre SINTRAEMDES SUBDIRECTIA BOGOTA y la EAAB-ESP de diciembre de 2012, que da alcance a la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014 y que forma parte integral de este contrato."*

Adicionalmente, se advierte que en los memorandos de prórroga del referido contrato, se hace alusión a las decisiones de la Junta Directiva de ampliar la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales, creada por el acuerdo 23 de 2012, y con base en ello proceden a prorrogar el contrato a término fijo hasta el 30 de noviembre de 2015 (fls. 24-28), con lo que no queda duda que la situación de la demandante se enmarca en lo señalado en el artículo 51 "planta transitoria".

Igualmente, no debe perderse de vista que la preceptiva mencionada, tambien facultó a la demandada para realizar

una nueva vinculación, a partir del 1° de diciembre de 2015, en la planta oficial definitiva de la EAAB, mediante contrato a término fijo, inicialmente por 13 meses, prorrogables durante la vigencia del régimen de transición, es decir, hasta el 30 de noviembre de 2020, como quiera que para dicha data, este régimen ya resulta aplicable conforme lo establecía expresamente la CCT, siendo que el segundo contrato suscrito entre las partes (2 de diciembre de 2015), se pactó para desempeñar el mismo cargo que en el contrato inicial (Auxiliar administrativo nivel 32 – División Atención al Cliente Zona 2), por lo que esta nueva vinculación, en todo caso estaba autorizada por la Convención Colectiva de Trabajo, pues de sus estipulaciones se desprende que se permitió transitoriamente la vinculación de estos trabajadores por contrato a término fijo.

De otra parte, debe tenerse presente que si bien el Acuerdo 024 del 20 de noviembre de 2015 "*Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 del 15 de junio de 2007"* (fl. 181-188), dispuso la creación de una planta de personal para diversos cargos de trabajadores oficiales con contrato de trabajo a término indefinido (1343 cargos), que buscaban garantizar la prestación de las actividades operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua que eran ejecutados a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial (1193 cargos); para cumplir funciones propias del proceso de facturación, urbanismo y construcción, en las actividades específicas de redensificación (81 cargos); para continuar en forma directa y permanente en las actividades comerciales y

financieras del servicio público de aseo que se encontraban tercerizadas (69 cargos), se advierte que la demandante no se encuadra en ninguna de las antes mencionadas y en gracia de discusión, atendiendo a lo señalado en la propia CCT, se tiene que durante la vigencia del Régimen de transición, se podía realizar la vinculación por medio de contrato a término fijo, con la finalidad que se pudiera adelantar el concurso de méritos pertinente para proveer de manera definitiva.

En ese orden de ideas y como se observa, para resolver este asunto resultaba necesario efectuar una interpretación armónica y conjunta de las normas convencionales, a efectos de entender cómo se estructuraba la planta de personal de la EAAB ESP, (planta definitiva – planta provisional y/o transitoria), las formas de vinculación permitidas (contrato a término indefinido, contrato a término fijo y otros) y los mecanismos establecidos para alcanzar la garantía de estabilidad laboral que se reclama, esto es, vinculación mediante contrato a término indefinido (régimen de transición - concurso de méritos), por lo que se advierte que las conclusiones y/o hipótesis efectuadas por los recurrentes, no tuvieron en cuenta este análisis para llegar a las determinaciones que motivaron los recursos.

De igual forma, resultaba necesario tener en cuenta lo dispuesto en el régimen de transición (Art. 49 CCT), por cuanto contempló un concurso de méritos para la vinculación de personal mediante contrato a término indefinido, el cual se aplicaría para las personas que ingresaran con posterioridad a la firma de la CCT, evento que contrario a lo sostenido por

el representante del Ministerio Publico, si resultaba aplicable en este caso, sin que pudiera hablarse de ineficacia de la segunda vinculación contractual, en la medida en que este nuevo contrato estaba autorizado por el propio acuerdo convencional, conforme se desprende de lo señalado en el artículo 51 de la CCT.

Finalmente, debe mencionarse que la alusión que hizo el a quo, sobre la carrera administrativa, se contrajo a señalar los principios que regían la misma, a efectos de considerar la razón por la que se estableció un concurso de méritos para poderse vincular mediante contrato a término indefinido con la EAAB ESP y no que se estuviera dando aplicación a esta.

Así las cosas, atendiendo las anteriores consideraciones se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de febrero de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de $200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho, por valor de $200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **SANDRO DE JESUS HERNANDEZ PINZÓN** contra **RICO HELADO DE COLOMBIA SAS**.

RADICADO: 11001 3105 038 2016 00303 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a analizar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de marzo de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que existió una relación laboral entre las partes, por el periodo comprendido entre el 12 de septiembre de 2012 y el 30 de abril de 2013, en la cual devengó un salario integral equivalente a $7.663.500, así como, que la terminación del contrato había sido una decisión unilateral de la demandada, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa y de la indemnización moratoria por no pago de la indemnización por despido injusto, a la indexación de las sumas, a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que ingresó a laborar en la empresa Rico Helado de Colombia SAS, el 24 de septiembre de 2012, mediante contrato laboral a término indefinido, siendo contratado para el cargo de gerente nacional de ventas en Bogotá; que se pactó un salario integral de $7.663.500; que al inicio del año 2013, su empleador le ofreció una franquicia de la empresa en la ciudad de Bucaramanga; que el 26 de abril de 2013, el representante legal de la demandada, le envió correo electrónico diciéndole que enviara documentación para firma del contrato de franquicia, no obstante, previo a ello se exigió carta de renuncia; que el 30 de abril de 2013, presentó renuncia acatando la orden impartida y se traslado a la ciudad de Bucaramanga solicitado a la empresa en múltiples oportunidades la entrega de la franquicia sin obtener

respuesta y recibiendo evasivas del representante legal, sin que se cumpliera con la oferta realizada.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 5, 9, 13, 14 y 65 del C.S.T.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La curadora ad litem, contestó la demanda, señalando frente a lo relacionado con las pretensiones declarativas de existencia del contrato, que no se oponía toda vez que obraba certificación de la demandada, en la que se indicaba el tiempo laborado en Rico Helado, cargo y fecha de ingreso y egreso, respecto a la pretensión relacionada con el salario, refirió que no se oponía ni se allanaba por cuanto no obraba prueba que certificara el salario y frente a la terminación del contrato, se oponía por cuanto nadie podía alegar su propia culpa, tratándose de las pretensiones condenatorias, mencionó que se oponía pues no estaban probados los hechos de acuerdo con el soporte probatorio, por lo que se debía probar la terminación del contrato, las razones de la renuncia y la franquicia, entre otros.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de marzo de 2021, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO:** ABSOLVER a la demandada sociedad RICO HELADO DE COLOMBIA S.A.S., de las pretensiones de la demanda formuladas por el demandante SANDRO JESÚS HERNÁNDEZ PINZÓN, relacionadas con el reconocimiento y pago de indemnización por terminación unilateral del contrato con justa causa imputable al empleador e indemnización moratoria*

por la no cancelación de la indemnización por despido injusto y sus consecuenciales, relacionadas con indexación y la aplicación de las facultades extra y ultra petita y costas procesales.

SEGUNDO: *SIN COSTAS en la instancia.*

TERCERO: *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR."*

Como fundamento de su decisión argumentó que conforme a las documentales allegadas, se colegía que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 24 de septiembre de 2012 y el 30 de abril de 2013, en el que el actor se desempeñó como gerente de ventas y recibió como salario $7.663.500, así como que tal vinculación finalizó por renuncia del actor.

Igualmente, trajo a colación lo establecido en el artículo 62 del C.S.T. y resaltó lo contemplado en el parágrafo, luego mencionó que había una imprecisión frente a lo reclamado (indemnización por despido), indicando que en todo caso no había prueba de la que se pudiera colegir que el contrato terminaba por decisión unilateral del empleador o que se tratara de alguna justa causa, enfatizando que si era el trabajador el que terminaba el contrato por causa imputable al empleador, se trataba de un despido indirecto, pero en todo caso y para ello se requería que el trabajador manifestara a su contraparte al momento de la renuncia, la causa por la que lo hacía, sin que se advirtiera causa alguna en la misiva.

Finalmente, indicó respecto de la indemnización moratoria reclamada (art. 65 CST), que esta no era procedente respecto de indemnizaciones por despido y en todo caso se trataba de una pretensión consecuencial; que si se hubiera pretendido la ineficacia por vicios del consentimiento la consecuencia no era

la reclamada en el proceso, sino el reintegro y ello no podía ser objeto de pronunciamiento, por no haber sido controvertido en el proceso; que si lo señalado en la demanda hubiera acontecido, no se indujo en error porque se había ofrecido un negocio jurídico válido (franquicia), pero tal conflictividad era de índole comercial, finalmente mencionó que si el otorgamiento de la franquicia estaba supeditada a la renuncia, así debió indicarse para contemplar un mecanismo de reparación.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en este asunto resultaba procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, en caso afirmativo, si el demandante presentó renuncia por causa imputable al empleador y en consecuencia si se generaba indemnización por despido indirecto y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65, por el no pago de esta última.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, durante el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2012 y el 30 de abril de 2013, el cual finalizó por renuncia del actor; ii) que el cargo desempeñado fue el de Gerente Nacional de Ventas y iii) que el ultimo salario devengado ascendió a $7.663.500, tal y como se desprende de las documentales allegadas, especialmente de

la liquidación definitiva de prestaciones sociales (fl. 16), certificación laboral (fl. 17) y orden de examen médico de retiro (fl. 18), expedidas por la demandada.

Ahora bien, al analizar la demanda y lo pretendido entre la parte declarativa y condenatoria, se evidencia que lo que se pretende es que se determine que el contrato terminó por causa imputable al empleador y por tanto se condenara al pago de la indemnización moratoria, bajo este entendido, se procede a efectuar el análisis encontrando acertado lo señalado por el a quo, por las razones que a continuación se exponen.

Sobre el tema, debe tenerse en cuenta que el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (Modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965), contempla las justas causas por las cuales tanto el empleador (literal A de la norma) como el trabajador (literal B de la norma), pueden terminar el contrato de trabajo, señalándose en el parágrafo de dicha preceptiva, aplicable a ambos sujetos, que *"La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos*", de manera que en este caso concreto, se debían precisar las razones concretas por las cuales el señor Sandro de Jesús Hernández, había tomado la decisión de terminar el contrato imputable al empleador, lo cual exigía el detalle de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que ocurrieron los mismos, para establecer las razones específicas de la renuncia, con la

finalidad que posteriormente no pudieran aducirse motivos diferentes, razón por la cual tampoco se permite para estos efectos la estipulación de hechos genéricos y/o abstractos, conforme se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre.

En consideración a lo antes mencionado y al revisar la documental allegada, debe indicarse que aunque se allegó por el demandante carta de renuncia, la misma carece de firma del trabajador y tampoco cuenta con recibido de la demandada o constancia de envió por alguna empresa de mensajería, en todo caso y en gracia de discusión, debe tenerse en cuenta que se trata de una renuncia simple y voluntaria, pues no se estipula causa o motivo alguno que le sea imputable al empleador que generara la renuncia, en consecuencia, al no haberse cumplido con la carga que le exigía la norma, no es posible establecer que en este caso la renuncia acaeció por causa imputable a Rico Helado de Colombia SAS y por tanto no se puede acceder a la indemnización por despido indirecto solicitada.

En lo que atañe a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., tampoco se advierte desacierto del juzgador de primera instancia, al señalar que la misma procede solo cuando se adeuden salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, pues este ha sido un criterio reiterado por la C.S.J., S.C.L., como puede apreciarse entre otras en la sentencia de Rad 42940 de 2018 y en todo caso, se advierte que esta pretensión dependía de

que resultara avante su pretensión relacionada con el despido.

Finalmente, debe mencionarse que si bien el operador judicial tiene el deber de interpretar la demanda, se reitera que al analizar el petitum y la causa petendi, se llega a la misma conclusión, que lo aquí reclamado era la terminación del contrato por causa imputable al empleador y el consecuente pago de la indemnización por despido indirecto, sin que le fuera dable abordar la ineficacia de la terminación contrato, dado que los supuestos facticos no conducen a ello y en todo caso se trataría de hechos no discutidos en el proceso por lo que no podría acudirse a las facultades ultra y extra petita.

Bajo las anteriores premisas, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

de fecha 26 de marzo de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **RODRIGO MERIÑO HERNANDEZ** contra **DRUMMOND LTD. COLOMBIA**.

RADICADO: 11001 3105 016 2017 00681 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Se tiene por reasumido el poder por parte del abogado Jaime Augusto Pinzón Quintero, como apoderado judicial de Drummond Ltd. Colombia, en los términos a él conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de

apelación presentado por la parte actora, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de marzo de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la demandada, quien solicitó que se confirmara la decisión, por cuanto el demandante a la fecha de terminación del contrato no contaba con una PCL del 15%, reiterando en todo caso que la terminación efectuada no estuvo fundamentada en la presunta condición de salud, ya que ésta se motivo en un hecho de fuerza mayor, sin que existiera por tanto ninguna relación, causa, efecto, entre el retiro del actor, la normatividad de materia de cargue directo de carbón y su presunta discapacidad.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que la terminación del contrato de trabajo sin justa causa alegada por la demandada era ilegal, al estar amparado por estabilidad laboral reforzada como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 5 de febrero de 2010 y por tanto se condenara a la demandada a reintegrarlo al mismo o a un mejor cargo que el que desempeñaba al momento del despido, así como, se ordenara el pago de la indemnización por reparación integral de daños y perjuicios ocasionados, salarios, prestaciones sociales y aportes al SGSS causados y dejados de pagar entre la fecha del despido y la fecha en que efectivamente se verificara el reintegro, al pago de la de que trata el artículo 26

de la Ley 361 de 1997, a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones manifestó que ingresó a trabajar a la demandada a partir del 1° de enero de 2005, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñándose como operador de Winche; que los exámenes médicos de ingreso mostraron que no padecía ninguna patología de origen osteomuscular; que el salario promedio devengado por hora trabajada ascendía a $9.678,58; que el 5 de febrero de 2010, sufrió accidente de trabajo, cuando estaba maniobrando barcazas y al subir a la cubierta y halar el cabo sintió dolor lumbar del lado derecho; que a partir del accidente, empezó a presentar dolores lumbares, asistiendo por urgencias en varias ocasiones en el año 2014 y generándosele varias incapacidades durante el año 2015; que la demandada terminó la relación laboral el 9 de septiembre de 2015, en forma unilateral y sin justa causa y sin la debida autorización del Ministerio del Trabajo y que es padre de familia y responde por la manutención de su esposa y sus tres hijas.

Como fundamento normativo citó los artículos 53 y 93 de la Constitución Política Nacional, los artículos 13, 26, 47 y 54 de la Ley 361 de 1997, el Convenio 159 de la OIT y la recomendación 168 de la OIT de 1983.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Drummond Ltd Colombia, contestó la demanda, en dónde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto la terminación del contrato de trabajo sin justa causa se motivó en una fuerza mayor, consistente en que la Drummond mediante resoluciones No. 0001 del 8/01/2014 y la 0300/03/2014, fue obligada a clausurar de manera definitiva el sistema de cargue de carbón mediante grúas y barcazas, resultando imposible mantener los cargos relacionados, por lo que se vio forzada a terminar 97 contratos, pese a ello se realizó aplicación al articulo 64 del C.S.T. y pagó indemnización por terminación del contrato ($26.244.093), pudiendo haber aplicado lo estipulado en el numeral 2 del artículo 47 del CST, sin tener que pagar indemnización alguna, posición no aceptada por la empresa, decidiendo pagar la indemnización a los trabajadores, quedando así demostrado que nada tenía que ver el retiro del actor con una presunta discapacidad y resultando por tanto improcedente el pretendido reintegro.

Igualmente, indicó que el demandante no contaba con fuero sindical, de maternidad o para los trabajadores que al 1° de enero de 1991 tuvieran mas de 10 años de servicio, ni contaba con un porcentaje de PCL superior al 15%, por lo que en criterio de la Corte, no podría ser considerado como discapacitado, además que para la fecha de terminación del contrato, el actor no tenia recomendación, restricción, ni orden de reubicación vigente. Propuso las excepciones de

mérito que denominó: cobro de lo no debido, improcedencia del reintegro, pago, compensación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de marzo de 2021, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO:** ABSOLVER a la demandada DRUMMOND LTD COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por el demandante señor RODRIGO MERIÑO HERNANDEZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.626.766.*
>
> ***SEGUNDO:** Por el resultado de la Litis el Juzgado se abstiene de hacer pronunciamiento sobre las excepciones propuestas por la demandada.*
>
> ***TERCERO:** CONDENAR en costas de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaria incluyendo el monto de $400.000 M/CTE como valor de las agencias en derecho."*

Como fundamento de su decisión argumentó que atendiendo a lo señalado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y en las sentencias T 052/2020 de la C.C. y SL4825/2020, se procedió a valorar las pruebas allegadas y practicadas, a efectos de establecer, si el demandante presentaba una pérdida de capacidad laboral por lo menos moderada y que esta fuera de conocimiento del empleador, encontrando que no se lograron acreditar los elementos fácticos al tenor de la norma y jurprudencia aludida, pues no se vislumbraba que hubiere sido objeto de tratamientos prolongados, tampoco se evidenciaban secuelas del accidente de trabajo presentes al momento de la desvinculación ni que se tuvieran patologías persistentes para dicha data, o se observara calificación, de donde pudiera colegirse una afectación contundente en la realización de las labores, siendo

que ni siquiera se describieron las labores precisas que el demandante desarrollaba.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante manifestó su desacuerdo con la decisión, señalando que pesar que se había realizado un análisis detallado de la evolución jurisprudencial de la protección y de las tensiones en las altas cortes, no se compartía la forma como se decidió el problema, al no encontrar probados los requisitos por una formalidad que también exigía la Corte Suprema de Justicia, sobre la discapacidad moderada, requiriéndose un medio de prueba que lo soportara, destacando que se allegaron pruebas e indicios no analizados por el juez.

En sustento de lo anterior, indicó que estaba probado que en el año 2010, ocurrió un accidente de trabajo, que en razón de sus limitaciones asistió de manera periódica y frecuente al servicio médico por una afectación relacionada con el sistema musculoesquelético, debiéndose tener en cuenta que en muchas ocasiones los trabajadores no informaban estas situaciones, pues de ello dependía la continuidad del contrato, desacatando que un trabajador sano no asistía con esa frecuencia, toda vez que ello solo se hacia cuando se estaba enfermo o se tenían secuelas del accidente y que tal vez no estaba calificado pero si estaba en estado debilidad manifiesta y vulnerabilidad, de manera que si existía obligación de solicitar autorización al Ministerio de Trabajo pues no existía una causal objetiva para terminar el contrato.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la ineficacia del despido del demandante, por encontrarse en condición de debilidad manifiesta por fuero de salud y en caso positivo si resultaba procedente el reintegro.

En primer lugar, debe señalarse que como hechos no debatidos en esta instancia, se tiene que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1° de enero de 2006 hasta el 9 de septiembre de 2015, cuando terminó sin justa causa y que el demandante desempeñó como último cargo el de winchero.

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la protección de no discriminación de personas en situación de discapacidad, como quiera que se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, para lo cual se acude al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

> ***"ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.*** *En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar****. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.***
>
> ***No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización***

equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren."[1] (Subrayas y negrita fuera de texto).

Así mismo, conviene recordar los requisitos que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido para que la garantía de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad opere, así en sentencia SL711-2021, Radicación No. 64605, se indicó:

"(…)

Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: ***(i)*** *que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%;* ***(ii)*** *que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y,* ***(iii)*** *que la relación laboral termine por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo.*

(…)

En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que, conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, «el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales.

(…)"

---

[1] Inciso 2 Art. 26 L.361/97 declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000, en donde se indicó *"bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato."*

De conformidad con la normatividad y el precedente citado, se tiene que para ser beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada, se debe acreditar que se cuenta con una afectación de salud relevante, lo que implica que se pruebe una limitación física que acarree una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que el empleador conozca el estado de salud del trabajador y que la relación laboral se termine en razón de la discapacidad (siempre y cuando no exista una causal objetiva) y sin que medie autorización del Ministerio del Trabajo, posición que acoge este fallador, por ser la directriz establecida por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción.

En ese orden, y dado que el reparo del recurrente gira en torno a no haberse tenido en cuenta las pruebas e indicios que las mismas arrojaban con ocasión del accidente y la frecuencia en la asistencia a recibir atención médica, se procederá a analizar, si en el caso concreto el demandante cumplía con los requisitos previamente señalados para ser beneficiario de la garantía deprecada.

Así, tenemos que a folios 19 a 20, obra informe de accidente de trabajo realizado ante Colmena, que establece como fecha de ocurrencia del accidente el 5 de febrero de 2010, en cuyas observaciones se indicó *"(…) EL EMPLEADO COMENTA QUE CUANDO SE ENCONTRABA REALIZANDO MANIOBRA DE SOLTAR UNA BARCAZA DE LA GRUA COLOMBIA 4. EN EL MOMENTO DE SOLTAR EL SPRING DE LA GUAYA SINTIÓ UN DOLOR EN LA PARTE BAJA DE LA CINTURA LADO DERECHO.",* también se allegó resultado de imágenes

diagnosticas del 18 de febrero de 2010, en cuya conclusión se indicó *"1. Deshidratación de discos intervertebrales L4-L5, L5-S1. 2. Desgarro anular L4-L5".*

Igualmente, se allegó historia clínica del año 2014, expedida por SaludCoop, en la que se advierte que el demandante asistió a consulta de urgencias por dolores en la región lumbar, en las siguientes fechas: el 4 de febrero de 2014, siendo diagnosticado con M545 Lumbago no especificado, otorgándose 2 días de incapacidad; el 19 de febrero de 2014, siendo diagnosticado con M511 trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, generándose incapacidad por 3 días; el 6 de julio de 2014, siendo diagnosticado con M541 radiculopatía, expidiéndole 3 días de incapacidad y el 15 de julio de 2014, siendo diagnosticado con M511 trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, otorgándosele 1 día de incapacidad. Tambien, obra a asistencia a consulta médica por urgencias, el 21 de marzo de 2014, por dolor en el cuello, patología que fue diagnosticada con M436 torticolis, generándose incapacidad por 1 día.

Igualmente, obran incapacidades expedidas en el año 2015, en las siguientes fechas y por los siguientes periodos y diagnósticos: el 5 de marzo de 2015, por el periodo comprendido entre el 18 y 19 de febrero de 2015 (2 días), bajo el diagnostico de M545 Lumbago no especificado; el 24 de marzo de 2015, por el periodo comprendido entre el 12 y 14 de marzo de 2015 (3 días), bajo el diagnostico de M545 Lumbago no especificado y el 1 de septiembre de 2015, por el

periodo comprendido entre el 27 y el 28 de agosto de 2015 (2 días), bajo el diagnostico de M544 Lumbago con ciática.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que de las pruebas allegadas, se desprende que en efecto se presentó el infortunio aducido en el reporte de accidente de trabajo que en su momento al parecer generó desgarro anular L4-L5, sin embargo, como quiera que no se allegó ningún soporte que evidenciara afecciones medicas con posterioridad y toda vez que pasaron 4 años hasta cuando se volvió a tener una dolencia lumbar, no podría considerarse que se trataba de una secuela del accidente.

Adicionalmente, al revisar la historia clínica y las incapacidades allegadas (que no se desconocieron por la demandanda), se tiene que lo que estas demuestran son episodios esporádicos y de corta duración, sufridos en febrero y julio de 2014 y en marzo y agosto de 2015, que no permiten establecer la continuidad y/o gravedad que pretendía evidenciar el recurrente, pues no se allegó documento alguno que permitiera establecer que el demandante se encontraba en curso de un tratamiento médico, tampoco se allegaron restricciones médicas u ordenes de reubicación ni obraba calificación de pérdida de capacidad laboral, es más, se mencionó por el actor en el interrogatorio de parte rendido no haberse adelantado el mismo, siendo que las dolencias lumbares son una de las afecciones más frecuentes sufridas por las personas a causa de malas posiciones, falta de actividad física o aspectos degenerativos, por lo que no pudo

acreditarse que existiera una afectación de salud relevante en los términos expresados por la C.S.J.

Por otro lado, debe tenerse presente que la situación de debilidad manifiesta tampoco es factible establecerla de la solicitud que presentó la demandada ante el Ministerio del Trabajo, a efectos de que se permitiera terminar el contrato de trabajo de personas que padecían problemas de salud (dentro de los que se relacionaba el demandante), que realizaban actividad de cargue y descargue de carbón por barcazas y grúas flotantes ante la medida preventiva adoptada en la Resolución No. 001 de 2014, expedida por la ANLA, que generó la suspensión inmediata de cargue de carbón a través de barcazas (fl.52-64), pues aunado a que tal solicitud fue retirada por la demandada (fl. 51), no puede perderse de vista que en tal documento no se mencionan a que obedecían las situaciones concretas de salud que presentaba el demandante, necesarias para poder determinar el tipo de afectación y si esta interfería en algún modo en las labores del demandante.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la C.S.J., S.C.L. en sentencia SL-5700-2021, se indicó *"(…) las personas pueden presentar una condición de salud que no necesariamente implica para el trabajador una situación de discapacidad, y si bien efectivamente generan una incapacidad temporal y que, inclusive puede tener una garantía específica en la normatividad, no implica que lo sea bajo las normas forales de estabilidad laboral reforzada contenidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.",* agregándose más adelante,

"Debe señalarse que la sola consideración de aplicar el amparo a una persona con cierto nivel de discapacidad, aun cuando esta le permita su participación autónoma y plena en el campo laboral, puede considerarse, en sí misma como discriminación, al no reconocerse esa capacidad real que el trabajador posee para desempeñarse en el rol laboral.".

En ese orden de ideas y como quiera que en el presente asunto no se cumplen los requisitos contemplados para aplicar la garantía de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad, pues el caudal probatorio no da cuenta de una afectación de salud relevante conforme al criterio de la C.S.J. S.C.L., y en todo caso no pudo establecerse que se tratara de una secuela del accidente, o fuera una patología persistente, pues lo que se evidenció era que se presentaron episodios esporádicos y tampoco se advierte que ello pudiera interferir en las labores desempeñadas por el actor, no puede predicarse un nexo de causalidad con la terminación del contrato efectuada por el empleador, necesaria para conceder la protección deprecada, por lo que se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

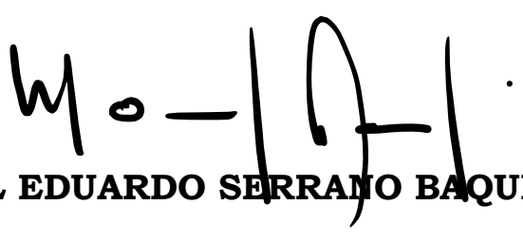
SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de $200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $200.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **CARLOS ENRIQUE TORRES MELENDEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 012 2019 00473 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la

demanda Colpensiones, en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de marzo de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por los apoderados de las demandadas, solicitándose en estos por Colpensiones, que se confirmara la decisión, por cuanto obraban dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, que conllevaban a determinar que el traslado efectuado por el accionante al RAIS, se hizo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del RPM administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al RAIS.

Porvenir S.A., por su parte, también solicitó que se confirmara la decisión, por cuanto el traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, cumpliéndose a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, igualmente destacó que el

demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó al RAIS, la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que la inconformidad del demandante con el RAIS se derivada del monto de la mesada pensional, factor que no suficiente para viciar la voluntad, finalmente indicó que los traslados horizontales realizados por el actor permitían colegir que el afiliado quiso continuar libre y voluntariamente vinculado al RAIS, sabiendo de los beneficios y consecuencias que tal decisión traería consigo.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al RAIS, por cuanto no existió decisión informada, autónoma y consciente al no conocer las consecuencias del traslado y las consecuencias que ello le reportaría, por tanto, solicitó se condenara a Porvenir S.A., a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones y a enviar a la misma el detalle del traslado de aportes, frente a Colpensiones, solicitó se condenara a activar la afiliación, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes, igualmente, solicitó el pago de lo que resultare probado ultra y extra petita y el pago de costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 15 de enero de 1958; que el 19 de marzo de 1987, se afilió al RPM administrado por Cajanal en donde estuvo vinculado hasta el

6 de febrero de 1998; que el 7 de febrero de 1998, se trasladó a Porvenir S.A., dándose el alta de la afiliación en pensiones en el RPM, el 1° de marzo de 1998; que Porvenir S.A. al momento de afiliarlo no le brindó la información adecuada y completa sobre el RAIS, pues solo le informó las ventajas y no las desventajas, ni características, condiciones o diferencias, incumpliendo lo contemplado en el literal d) del articulo 60 de la Ley 100 de 1993.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 13, 48, 49, 53 y 335 de la CP, los artículos 1603 y 1746 del Código Civil, los artículos 1, 2, 5, 11, 12, 26, 33, 39, 40, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 54 y 74 del CPTSS, el articulo 1° de la Ley 33 de 1985, los artículos 1, 2, 3, 4, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 21, 33, 34, 36, 64, 97, 100 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 4, 14, 15 y 35 del Decreto 656, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los artículos 3, 97, 98 del Decreto 663 de 1993, los artículos 3, 4, 12, 15, del Decreto 720 de 1994, los artículos 1 y 3 del Decreto 1161 de 1994, los artículos 12 y 25 de la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el artículo 1 de la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó la demanda como se observa a folios 90 a 94 del expediente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, toda vez que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y la elección del régimen y administradora se llevó

a cabo de manera libre, espontanea y sin presiones, dejando sin certeza lo estipulado en la demanda, igualmente, resaltó que no se evidenciaba afiliación alguna por parte del actor, por lo que no había lugar a que se estableciera que existió vicio en el consentimiento del traslado y por tanto no estaba en obligación de aceptar los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en el RAIS del demandante. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, Porvenir S.A., dio contestación a la demanda, como se observa a folios 473 a 492, en donde se opuso a las pretensiones, argumentando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentaban la nulidad del acto jurídico de traslado del régimen pensional y que su representada cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen (enero de 1996), resaltando además que si lo que se argüía era la existencia de un vicio del consentimiento, no se acreditaron los supuestos en que ello se fundaba, también mencionó que de acuerdo con los soportes que reposaban en sus archivos, el actor realizó el traslado en forma libre y espontanea y que la afiliación del actor al RAIS era válida, por lo que no había lugar a hacer traslado alguno a Colpensiones. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de marzo de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor CARLOS ENRIQUE TORRES MELENDEZ, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de casual de nulidad y/o ineficacia de la relación jurídica de afiliación, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*
>
> ***TERCERO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia.*
>
> ***CUARTO:** En caso no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que atendiendo a lo señalado por la C.S.J., S.C.L., la ineficacia de la afiliación no era automática y debia analizarse cada caso en particular, señalando que debia advertirse una vocación enfocada a la desinformación en los actos de afiliación, sin que ello se evidenciara en las pruebas, pues lo que estas advertían eran actos enfocados a la permanencia ya que no solo se pasó por un cambio de administradora en el RAIS sino por varios cambios.

Así mismo, mencionó que se debían considerar los actos de relacionamiento (correspondencia entre la voluntad y la acción), los que no solo acaecían frente a la pertenencia al fondo sino en la permanencia al RAIS, aspectos conexos a la conservación de beneficios y mantenimiento del afiliado en el régimen, resaltando que el caso particular el último cambio de administradora se efectuó en el año 2002, cuando el actor no

cumplía 52 años para tener la restricción del traslado y que si bien el precedente establecía que el cambio de administradora no incidía, no podía pasarse por alto que en el asunto bajo análisis, hubo un cambio plural (3 cambios), lo que distorsionaba la nulidad, y por tanto concluyó que con base en ello, solo se podía ratificar el acto del traslado al existir un acto de relacionamiento de la permanencia en el RAIS.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la actora solicitó la revocatoria del fallo, por cuanto era procedente la ineficacia, como quiera que a lo largo del proceso las entidades no lograron demostrar que suministraron una información, clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas que el traslado representaba, pues el único documento que se allegó fue un formulario de afiliación que correspondía a unas proformas, encontrando probado sin estarlo el deber de información con el que debían cumplir los fondos en los términos ilustrados por la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL1689-2019.

De igual forma, hizo énfasis en que los presupuestos que el a quo tuvo para fundamentar su decisión, se edificaron en los múltiples traslados, pero no se tuvo en cuenta que en ninguno de estos se agotó el deber de información, pues de lo que se trato fue de un ejercicio comercial para captar afiliados, de manera que el demandante al carecer de información decidió mantenerse en el RAIS. Finalizó su intervención trayendo a colación la sentencia STL3186-2020, que contemplaba que los funcionarios de la jurisdicción ordinaria

estaban obligados a seguir la jurisprudencia de la C.S.J. para garantizar seguridad jurídica e igualdad de trato.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.
>
> **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**
>
> Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.
>
> La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u

> otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
>
> Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:
>
> Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».
>
> Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», **es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario** [...].
>
> De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado."

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación

hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Como se observa, los anteriores lineamientos constituyen el componente fundamental sobre ineficacia, en donde se ha reseñado con claridad que los traslados dentro de las administradoras no convalidan per se el traslado de régimen y el hecho que en este caso hubiesen operado múltiples traslados en nada desdibujaban la procedencia de la ineficacia, pues esta se sustenta es en la ausencia de consentimiento informado en los términos ya ilustrados, siendo esta la directriz que debe direccionar la resolución de este tipo de asuntos.

Precisamente, se advierte que el reparo del recurrente, se centra en cuestionar que se tuvo por probado sin estarlo, el deber de información que se establecía en cabeza de las entidades, pues este debía surtirse aun en las múltiples ocasiones de traslado efectuadas entre las administradoras.

Descendiendo en el análisis, se advierten que a folios 178 a 181, obran los siguientes formatos de afiliación y/o solicitud de vinculación:

-**Solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias Porvenir, de fecha 6 de febrero de 1998**, en la que se registra como anterior administrada a Cajanal y en la que se dejó un acápite sobre la voluntad del afiliado en la selección de régimen y afiliación, señalando que esta era libre, espontánea y sin presiones, el cual se encuentra firmado por el actor.

- **Solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias Horizonte, de fecha 4 de octubre de 1999**, en la que se registra como anterior administrada a Porvenir, en la que también se dejó un acápite sobre la voluntad del afiliado en la selección de régimen y afiliación, señalando que esta era libre, espontánea y sin presiones, el cual se encuentra firmado por el actor.

- **Solicitud de vinculación o traslado a Porvenir S.A., de fecha 12 de febrero de 2000**, en la que se registra traslado de AFP y se estipula como anterior administradora a Horizonte, dejándose el acostumbrado acápite sobre la voluntad del afiliado y agregándose en este haber sido asesorado sobre todos los aspectos del RAIS, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales e implicaciones de la decisión, el cual se encuentra firmado por el actor.

- **Solicitud de vinculación o traslado a BBVA Horizonte, de fecha 31 de mayo de 2002**, en la que se registra traslado de AFP y se estipula como anterior administradora a Porvenir, dejándose el acostumbrado acápite sobre la voluntad del afiliado y agregándose haber sido asesorado sobre las implicaciones del régimen especialmente sobre las del régimen de transición, el cual se encuentra firmado por el actor.

Frente a los anteriores documentos, debe mencionarse que aunque en los dos últimos se hace alusión a haberse informado sobre todos los aspectos del RAIS, las implicaciones del mismo y especialmente el régimen de transición, estas afirmaciones son generales y abstractas, pues no permite establecer la realidad de lo que abarco la información suministrada, ni puede si quiera inferirse a que se hace alusión cuando se indica "implicaciones del régimen", resultando insuficientes, para acreditar que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, debiendo señalar que para estos fines tampoco resultan válidos los comunicados de prensa, en tanto el deber de información operaba individualmente frente a cada afiliado y su publicación en prensa aunque es un medio masivo no acredita que fuese leído por el demandante.

Lo anterior, tampoco pudo acreditarse de lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte vertido por el mismo, pues en este indicó que para la primera afiliación en el RAIS, el asesor que lo atendió, le indicó cuales eran las virtudes de los fondos pero no se le dijeron cuales eran las condiciones para pensionarse, solo se les dijo que podían pensionarse anticipadamente, que esta era una ventaja frente al RPM y que en términos generales era igual a lo que se venían manejando, también señaló que las afiliaciones a los diferentes fondos se dieron por cambios administrativos de éstos y no porque lo hubiera realizado voluntariamente.

Igualmente, señaló que a su despacho fueron los representantes de los fondos, pero que él nunca fue a los oficinas de las AFP a recibir asesoría, que en esas ocasiones que los visitaban en el juzgado (actor se desempeña como Juez 52 Penal Circuito Bogotá), se les daba información general y que cuando alguien se interesaba se sentaban con la persona y en lo que hacían hincapié era en los beneficios de pensionarse antes de tiempo, finalmente señaló que se percató que era más favorable el RPM, cuando se destapo el problema y se presentaron todas las demandas sobre este tema, por la diferencia en el valor de la pensión, y que cuando eso paso ya no podía hacer el traslado.

En ese orden de ideas, se tiene que en este asunto no era posible concluir que la pasiva suministró al demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, pues además de las pruebas mencionadas, no existen otras diferentes de las que así pudiera colegirse, por lo que resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Porvenir, el 2 de febrero de 1998, y los demás traslados efectuados con posterioridad a las administradoras ya mencionadas, esto es, a Horizonte pensiones y cesantías S.A., el 4 de octubre de 1999, a Porvenir el 12 de febrero de 2000 y a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A.), el 31 de mayo de 2002.

En este punto, resulta oportuno mencionar que lo relacionado con la solicitud de condenas a cargo de la

demandada Colpensiones, aunque el demandante estuvo afiliado en forma primigenia a Cajanal, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

> *En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con*

prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

De conformidad con el precedente citado y el marco normativo allí aludido, se tiene que ante la liquidación y supresión de Cajanal, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por los afiliados a los fondos privados en este tipo de asuntos.

Definido lo anterior y declarada la ineficacia de la afiliación del actor, se deben determinar las consecuencias de ello, consistentes en que Porvenir S.A., debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que

hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

Frente a este último aspecto, esto es, la devolución de gastos de administración, debe tenerse presente que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así se indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en los escritos de contestación, se debe indicar que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en la presente litis por cuanto los temas relacionados con los derechos pensionales no prescriben conforme a reiterada jurisprudencia de la H Corte Constitucional, así como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Igualmente, debe tenerse presente que la afiliación al ser el acto jurídico a través del cual una persona ingresa al Sistema General de Pensiones, o cambia de régimen pensional, lleva a que los afiliados acepten en ese momento

los derechos y las obligaciones que el mismo sistema le impone para tener derecho a las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, por ende la declaratoria de ineficacia no puede estar sujeta a las reglas de la prescripción, pues la validez de la afiliación puede afectar de manera ostensible la pensión de vejez del afiliado y por ello se puede revisar judicialmente en cualquier momento para evitar un perjuicio irremediable; así mismo, con fundamento en las anteriores consideraciones y por las mismas resultas del proceso, no hay lugar al estudio de las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con la ineficacia del traslado, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el fallador de primera instancia.

Costas en las dos instancias a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de marzo de 2021, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del demandante Carlos Enrique Torres Meléndez,

realizada inicialmente a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 6 de febrero de 1998 y con posterioridad a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., el 4 de octubre de 1999, luego a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 12 de febrero de 2000 y finalmente a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A.), el 31 de mayo de 2002. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones. Se fija como agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de las demandadas la suma de $400.000 y en primera instancia en la suma de $1.000.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $400.000 y en primera instancia la suma de $1.000.000 a cargo de las demandadas, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **ENRIQUE RAFAEL REDONDO HERNÁNDEZ** contra **EXPERTOS EN SEGURIDAD LTDA.**

RADICADO: 11001 3105 005 2017 00386 01

Bogotá D. C., Treinta y Uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Se tiene por reasumido el poder por parte del abogado Carlos Eduardo Ortiz, como apoderado judicial de Expertos Seguridad Ltda., en los términos a él conferido (fl. 99).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., procede a resolver el recurso de apelación presentado por la pasiva respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de febrero de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la demandada, en los que solicitó que se revocara la decisión, reiterando los argumentos expuestos en el trámite de instancia y agregando que no se efectuó pronunciamiento en la debida oportunidad procesal, ante la inasistencia del actor a la audiencia de conciliación (Art. 77 CPTSS), adicionalmente indicó que había operado una causa legal para la terminación del contrato, siendo que el contrato fue pactado por la modalidad de obra o labor y que el mismo finalizó con la culminación del esquema de seguridad BOG495 y no con el contrato de prestación de servicios, según se desprendía de lo confesado por el demandante en el interrogatorio, resaltando que sobre la terminación del contrato el representante legal en su interrogatorio y el testigo Andrés Ramírez, dieron cuenta que quien determinaba los esquemas de seguridad y la duración de estos era la UNP, quien a su turno era la que informaba la terminación del esquema y por tanto debían proceder de conformidad.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, que la demandada lo despidió sin justa causa, y que la misma incumplió su deber legal respecto del reconocimiento del pago de todos los derechos laborales causados, en consecuencia, solicitó se condenara a la demandada a pagar indemnización por despido injusto, horas extras de los años 2013, 2014 y 2015, dominicales laborados que no fueron pagados ni compensados, viáticos, 2 horas compensatorias semanales para recreación, cultura, etc., a las indemnizaciones moratorias de que tratan los artículos 65 del C.S.T y 99 de la L. 50 de 1990, al reajuste de la liquidación de prestaciones sociales, a lo que resultara probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones, mencionó que empezó a laborar para la demandada el 17 de abril de 2013, siendo vinculado mediante contrato verbal; que fue contratado como escolta de un personaje específico de la Unidad Nacional de Protección, labor que ejecutaba en Bogotá pero en algunas ocasiones le tocaba desplazarse con su protegido a diferentes partes del territorio nacional; que fue despedido sin justa causa el 31 de octubre de 2015; que nunca tuvo días de descanso dominicales ni compensatorios ni fueron remunerados; que el último salario devengado ascendió a 2 SMLMV, que recibía auxilio de transporte, bonificación de alimentación por $165.000, bono extralegal de $165.000 y viáticos permanentes de $1.650.000 cada mes para viaticar 15 días; que su horario de trabajo era de 7:00 am a 9:00 pm, por lo que trabajó 4 horas extras diarias; que nunca se le

reconocieron los compensatorios dominicales adeudándose el de cada semana trabajada; que en ocasiones la demandada no le consignó los viáticos en la fecha convenida por lo que debió disponer de su propio patrimonio, adeudándose $1.430.000 por tal concepto y que tenía derecho a 2 horas semanales para actividades de recreación que no le fueron suministradas por lo que se adeudaba $1.348.052.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 1, 25, 29 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 11, 57, 64, 65, 127, 177, 179, 180 y 181 del C.S.T. y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Expertos en Seguridad Ltda., contestó la demanda manifestando su oposición a todas y cada una de las pretensiones por cuanto entre las partes existió un contrato escrito bajo la modalidad de obra o labor determinada, que el contrato terminó por una causa legal conforme al artículo 61 del C.S.T esto es por finalización de la obra o labor contratada, al fenecer el contrato entre la UNP y la unión temporal protección 33 y que reconoció, liquidó y pago todas las acreencias laborales causadas, así como, liquidó y pagó todos los recargos de ley causados; que jamás autorizó, liquidó o pagó el concepto de viáticos, razones por las que no existía obligación a su cargo de reajustar salarios y prestaciones sociales, ni pagar las indemnizaciones reclamadas. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, prescripción, pago, compensación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de febrero de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO:** CONDENAR a EXPERTOS EN SEGURIDAD LTDA., a pagar al señor ENRIQUE REDONDO HERNÁNDEZ la suma de $9.681.572 por concepto de indemnización por despido injusto suma que deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes octubre de 2015 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe su pago.*
>
> ***SEGUNDO:** ABSOLVER a EXPERTOS EN SEGURIDAD LTDA., de las demás pretensiones de la demanda declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación con relación a todas las pretensiones, excepto la de indemnización por despido injusto.*
>
> ***TERCERO:** COSTAS a cargo de la demandada dada su actuación dentro del proceso, Costas a cargo de la empresa demandada (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes como agencias en derecho a favor del demandante señor ENRIQUE REDONDO HERNÁNDEZ."*

Como fundamento de su decisión argumentó que se había acreditado que entre las partes había existido un contrato por obra o labor para prestar los servicios de escolta dentro del esquema de seguridad BOG495, en cumplimiento del contrato de prestación de servicios de seguridad No. 202 de 2012, suscrito entre la UNP[1] y la UT Protección 33, señalando que el trabajador le bastaba demostrar el despido y al empleador la justa causa, precisando que la modalidad contractual aducida podía estar atada a una relación que pudiera derivar de otro contrato, debiéndose en tales eventos advertir si se había terminado o no, que para este asunto se debía demostrar que el contrato con la UNP terminó, o que se terminó el esquema BOG495, sin que alguna de estas situaciones se hubiere acreditado, resultando relevante considerar que el contrato 202 de 2012, tenía vigencia hasta el 30 de julio de 2014, y

[1] Unidad Nacional de Protección

luego se continuó con el contrato 802 de 2014, pero no se demostró cuando se terminó este último.

Sin embargo, señaló que el testigo Andrés Felipe, que fue claro y espontáneo, mencionó que el contrato con la UNP se fue terminando a medida que esta iba informando la finalización de los esquemas, comenzando tal situación en octubre de 2015 y que dicho proceso duró aproximadamente 5 meses, precisando que si bien tal testigo no dio con certeza los términos, se establecería la indemnización por despido injusto en 4 meses, por ser razonable ante lo indicado por el testigo, dado que la duración de la obra no había terminado.

En lo relacionado con el trabajo en tiempo suplementario se mencionó que de los comprobantes de nómina allegados se advertía que se habían pagado algunos conceptos, por los que no se causaban y los que no estuvieran allí vinculados debían ser plenamente acreditados, aspecto no advertido; de igual forma, se señaló que no se allegaron los soportes pertinentes por manutención y alojamiento que dieran certeza de devengarse viáticos permanentes, especialmente en lo que tenía que ver con los momentos en que se ausentó para dirigirse a otras ciudades.

Finalmente, se indicó que ante la conducta desplegada por la demandada[2], se determinaba la condena en costas por concepto de agencias en derecho en la suma de 10 SMLMV.

[2] En el interrogatorio de parte del representante legal, no allegar documentos requeridos y en los alegatos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada, sustentó su apelación en que no era una falta de deslealtad de su representada el hecho de no contar con el correo electrónico o el documento, con el que la UNP, solicitó el desmonte del esquema del demandante, por el contrario, intentó en el proceso tener toda la prueba a disposición de la parte e incluso con los testigos y su conocimiento sobre los hechos, que indicaron que se trataba de una simple comunicación que podía ser hasta por un correo electrónico.

También mencionó que lo que si era cierto es que el demandante fue contratado por obra o labor, frente a lo que no hubo discrepancia por el juzgado, señalando que si se consideraba que no se había terminado la obra o labor, ni que el demandante trabajara para otra empresa con la misma persona protegida, siendo que no tenían conocimiento del nombre de la persona protegida, por ser confidencial, por qué razón no se acudió a lo dispuesto en el artículo 64 del C.S.T. y se generó indemnización por 15 días, puntualizando en todo caso que sus testigos habían sido claros en que una cosa era el contrato comercial y otra diferente el esquema para el que se contrató al demandante, siendo en virtud de aquel que se terminó el contrato, pues como lo adujo el testigo, si bien se terminó el contrato comercial era un desmonte gradual muy complicado para la UNP y que llevaba tiempo, que fue lo que llevó a que el contrato se terminara pero el esquema siguiera vigente hasta que la UNP solicitara su desmonte, momento en que culminaría la labor.

Igualmente, mencionó que se advertía una contradicción del juzgado, al señalar que no existía prueba idónea de la terminación de la labor, sin embargo, sin existir certeza tuvo en cuenta lo señalado por el testigo que mencionó que el desmonte se demoró aproximadamente 5 meses después de octubre de 2015, debiendo existir una prueba lo suficientemente idónea para considerar los 4 meses de indemnización que se concedieron, a la par, resaltó que las costas eran excesivas a toda orden y que las consideraba un abuso al ser superiores a la condena.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable determinar la procedencia de la indemnización por despido injusto y si el valor de las costas se encontraba ajustado.

Para resolver se advierte que el reparo que realiza la recurrente gira en torno a que en este caso no procedía el pago de la indemnización por despido injusto, por cuanto en este caso había operado la terminación de la labor para la que había sido contratado el demandante.

Sobre el termino de duración del contrato de trabajo pactado por duración de la obra o labor, la jurisprudencia de la sala de casación laboral ha expresado entre otras muchas en la SL4936-2021, lo siguiente:

Tal como lo dispone el artículo 45 del CST «El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio».

Cuando se pacta por duración de la obra, ha reiterado esta Corporación que no basta con esa denominación, debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida (CSJ SL2176-2017, CSJ SL2600-2018);

Bajo la anterior premisa, se analizaran las pruebas aportadas para acreditar la naturaleza del contrato de trabajo del actor y la posible indemnización si a ella hubiere lugar.

La carta de terminación del contrato que le fue remitida al demandante, el 30 de octubre de 2015, fue del siguiente tenor:

"La empresa EXPERTOS EN SEGURIDAD LTDA, le informa que la labor contratada con la UNP, para la cual Usted fue contratado finalizará el día 31 de octubre de 2015, por lo tanto, su contrato será terminado teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. *El empleado firmó contrato de trabajo por obra o labor, para laborar en el puesto de trabajo con el cliente UNP prestándole servicios de Escolta.*

2. *Que el cliente nombrado en el numeral anterior para el cual se realizó su contrato por obra o labor ha terminado dicha labor contratada la cual fue en desarrollo al contrato de servicios de seguridad No. 202 de 2012.*

3. *Que el contrato por ser de obra o labor y dada la solicitud del cliente UNP de terminar la relación contractual de la empresa, se debe dar por terminado.*

4. *Que se trata de una terminación por justa causa de acuerdo al contrato suscrito entre las partes y la legislación laboral.*

(…)
Teniendo en cuenta entonces que la labor finalizó se ha determinado cancelar el contrato de trabajo a partir del 31 de octubre de 2015, fundamentados legalmente en el artículo 61 literal D "Por terminación de la obra o labor contratada" del Código Sustantivo del Trabajo y con base en el contrato de

trabajo en la cláusula Novena parágrafo primero acordadas por las partes contractualmente como justas causas de terminación del contrato.

(…)"

De lo expuesto en precedencia, se desprende que la terminación del contrato, a juicio de la demandada, ocurre por finalización de la labor contratada, por lo que resulta imperioso acudir al contrato de trabajo suscrito entre las partes para determinar cómo fue delimitada la labor contratada, advirtiendo que la misma se pactó en los siguientes términos: *"Labor contratada: Prestación de servicios de ESCOLTA dentro del esquema de seguridad BOG495 en cumplimiento del contrato de prestación servicios de seguridad No. 202 de Diciembre de 2012 celebrado entre la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN – UNP y LA UNIÓN TEMPORAL PROTECCION 33."*, luego en la cláusula primera del contrato, que contempla el objeto se estipuló: *"El empleador contrata los servicios personales del (la) trabajador (a) para desempeñar en forma exclusiva las funciones inherentes al cargo de escolta, así como la ejecución de las tareas ordinarias y anexas al mencionado cargo (…) dentro del esquema de seguridad BOG495, constituido en ejecución de un contrato de prestación de servicios de seguridad No. 202 del 21 de diciembre de 2012, celebrado entre la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN – UNP Y LA UNION TEMPORAL PROTECCIÓN 33".*

Precisado lo anterior, y como en este caso la labor contratada se enlazó al contrato 202 de 2012, resulta imperioso acudir al mismo a efectos de establecer lo que contempla, advirtiendo que obedece a un contrato de prestación de servicios suscrito el 21 de diciembre de 2012,

entre la Unidad Nacional de Protección y La Unión Temporal Protección 33, que tiene por objeto: *"En virtud del presente contrato EL CONTRATISTA se compromete con LA UNP, a prestar servicios de seguridad para la provisión, implementación y operación de esquemas de protección y para la provisión de escoltas, vehículos y motocicletas de apoyo que requiera la Unidad Nacional de Protección en desarrollo del Programa de Protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de las personas, grupos y comunidades a cargo de la entidad, hasta por el tope de recursos a él asignados mediante Resolución UNP No. 479 del 13 de diciembre de 2012";* más adelante, en cuanto a la vigencia se indicó en la cláusula 4, lo siguiente: *"el plazo de ejecución será hasta el 30 de julio de 2014 o hasta el agotamiento de los recursos, lo que ocurra primero, el cual iniciará una vez se suscriba la respectiva acta de inicio y previa expedición del registro presupuestal y la aprobación de garantías que debe otorgar al contratista".*

También reposa en el plenario el contrato de prestación de servicios No. 802 de 2014, suscrito el 16 de septiembre de 2014, entre la UNP y la Unión Temporal Protección 33, del que resultan relevantes los siguientes apartes de sus consideraciones:

(…)

9) Que con el objeto de procurar la prestación oportuna e ininterrumpida de los servicios requeridos, **LA UNP** inició el proceso de selección abreviada PSA UNP 33 de 2012 con el fin de celebrar un contrato de prestación de servicios de seguridad para la provisión, implementación y operación de esquemas de protección y para la provisión de escoltas, vehículos y motocicletas de apoyo que requiera la Unidad Nacional de Protección en desarrollo de sus funciones, actividad que no se encuentra facultada para prestar directamente dada la carencia de las herramientas logísticas y materiales requeridas para el efecto.

10) Que se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada No. 033 de 2012, a los proponentes UNION TEMPORAL PROTECCION 33, UNION TEMPORAL ESQUEMAS DE PROTECCION SIGLO XXI y UNION TEMPORAL SEVICOL – SUPERIOR.

11) Que se suscribió el Contrato 202 de 2012 suscrito con la *UNION TEMPORAL PROTECCION 33 conformado por* GUARDIANES COMPAÑÍA LIDER DE SEGURIDAD LIMITADA identificada con NIT 860.520.097-5, COBASEC LIMITADA, identificada con NIT 891.801.317-1, EXPERTOS EN SEGURIDAD LIMITADA identificada con NIT 800.010.866-6 y CENTINEL DE SEGURIDAD LIMITADA identificada con NIT 820.001.482-6, el día 21 de diciembre de 2012, por un valor de OCHENTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS ($80.690.545.946,oo) M/L. incluido IVA, y un plazo de ejecución hasta el 30 de julio de 2014 o hasta el agotamiento de los recursos, lo que ocurra primero.

12) Que no obstante haberse adelantado las actividades de planeación previas a la apertura de un nuevo procedimiento de selección para la contratación de los servicios de seguridad requeridos para la provisión de los esquemas de protección que le corresponde proveer y para garantizar la normal operación de la entidad durante dos años hasta 2016, a la fecha de expedición de éste acto la entidad no ha recibido del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la cifra que requeriría para adelantar el nuevo procedimiento de selección de contratistas que se adelantaría en 2014.

13) Que sin perjuicio de lo anterior, mediante Resoluciones 2854 del 14 de agosto de 2014 y 0447 del 20 de agosto de 2014, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público adicionó el presupuesto de la Unidad Nacional de Protección en una suma de TREINTA Y CINCO MIL MILLONES DE PESOS ($35.000.000.000.oo), cifra a todas luces insuficiente para cubrir de la prestación de servicios requeridos para cumplir con la misión de la entidad.

14) Que el valor promedio mensual que la UNP cancela a los contratistas que prestan los servicios de seguridad para la provisión de esquemas de protección asciende a la suma aproximada de $16.200.000.000.oo, sin gastos asociados, al paso que el que en promedio se ha cancelado por concepto de alquiler de vehículos blindados alcanza el valor de $7.000.000.000.oo.

15) Que teniendo en cuenta lo indicado en precedencia, la Unidad Nacional de Protección se encuentra en la imposibilidad legal de adelantar un nuevo procedimiento de selección para la contratación de los operadores a través de los que se proveen los esquemas de protección a su cargo, como consecuencia de la falta de los recursos requeridos para el efecto, mismos que desde el mes de mayo de 2014 se han solicitado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Igual situación acontece con lo que supondría adelantar un nuevo proceso de selección para la celebración de un contrato de alquiler de vehículos blindados.

16) Que la Unión Temporal Protección 33 ha prestado los servicios contratados hasta el 15 de septiembre de 2014 y en aplicación del numeral 1° de la cláusula séptima del Contrato No. 202 de 2012, se dio inicio a la liquidación de mutuo acuerdo del mismo mediante documento suscrito entre las partes el día 15 de septiembre de 2014.

17) Que el Programa de Protección de la UNP en cuanto a la provisión de esquemas de protección, ha crecido en forma significativa superando las necesidades inicialmente contempladas para la contratación que dio origen al Contrato No. 202 de 2014, motivo por el cual **LA UNP** exigió a **EL CONTRATISTA** la prestación de los servicios contratados hasta el 15 de septiembre de 2014, para garantizar la continuidad del referido Programa y de esa manera proteger la vida, la integridad, la libertad y seguridad de los beneficiarios del mismo.

18) Que a la fecha no ha sido posible adelantar el procedimiento de selección requerido para la celebración de los nuevos contratos mediante los que se prestaría ese servicio por no contar con la disponibilidad presupuestal para el efecto, a pesar de la recurrente solicitud en ese sentido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

19) Que la anterior circunstancia evidencia que se está en frente de una **inminente parálisis del servicio público de protección a cargo de la UNP que amenazaría los derechos a la vida e integridad personal de los protegidos** que hacen parte del programa de protección a cargo de la entidad, razón por la que para garantizar su continuidad, se hace necesaria una declaratoria de urgencia manifiesta para celebrar directamente los contratos que resulten necesarios para tal efecto, de acuerdo a las disponibilidades presupuestales con las que actualmente cuenta y hasta el momento en que se ubiquen los recursos respectivos que permitan no sólo dar apertura a los procedimientos públicos de selección respectivos, a la celebración de los respectivos contratos y al inicio de su ejecución.

20) Que el plazo de tales contratos estará determinado por una fecha cierta o el agotamiento de los recursos presupuestales con los que cuente la entidad para su pago al momento de la celebración, los cuales serían adicionados hasta el límite legal desde que ello sea financieramente y legalmente factible para la entidad.

21) Que en ese orden se profirió la Resolución No. 0507 del 15 de septiembre de 2014, *"Por la cual se declara una urgencia manifiesta con el fin de garantizar la continuidad del servicio de protección a través de los esquemas de protección que la Unidad Nacional de Protección debe otorgar a la población objeto del Programa de Prevención y Protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de personas, grupos y comunidades del que es responsable la UNP"*

En la cláusula primera de este contrato 802 de 2014, se señaló *"En virtud del presente contrato EL CONTRATISTA se compromete con la UNP, a prestar servicios de seguridad para la provisión, implementación y operación de esquemas de protección y para la provisión de escoltas, vehículos y motocicletas de apoyo que requiera la Unidad Nacional de Protección en desarrollo del Programa de Protección de los derechos a la vida, libertad, la integridad y la seguridad de las personas, grupos, comunidades a cargo de la entidad, hasta por el tope de los recursos a él asignados mediante Resolución No. 14214 del 15 de septiembre de 2014" y* luego en la cláusula 4, que consagra la vigencia se indicó que el plazo de ejecución sería de un mes o hasta el agotamiento de los recursos.

Las pruebas allegadas demuestran que no se cumple el presupuesto para que el contrato del demandante se considere celebrado por el termino de duración de la obra o labor, pues el sometimiento a la subordinación laboral en una función de escolta resulta imposible de delimitar, ya que como lo demuestran los contratos celebrados por las empresas y la Unidad de Protección, era imprevisible incluso el termino de duración de los contratos para la prestación de servicios, pues estaban circunscritos a la necesidad de los esquemas de seguridad y a la disponibilidad de recursos.

Adicionalmente debe indicarse que aunque la recurrente refiere que el contrato comercial era una cosa y otra diferente el esquema para el que se contrató al demandante, siendo en virtud de éste último que se terminó el contrato, dicha

manifestación es contraria a lo probado en el proceso, conforme se desprende del reconocimiento que se realizó desde la contestación de la demanda, al pronunciarse frente a la pretensión segunda, en donde se señaló "*Nos oponemos (...) por la potísima razón que su contrato de trabajo terminó por una justa causa legal de las consagradas en el artículo 61 del C.S.T., esto es, la finalización de la obra o labor contratada, al fenecer el contrato comercial celebrado entre la UNP y la Unión Temporal Protección 33.*"

Igualmente, debe tenerse en cuenta lo indicado por el testigo Andrés Felipe Ramírez, quien al preguntársele cómo funcionaban en la empresa los contratos laborales por obra o labor determinada para prestar los servicios como escolta, señaló que la obra o labor estaba supeditada a la continuidad de un contrato de prestación de servicios con el cliente.

Por lo expuesto y bajo la línea jurisprudencial citada, el contrato de trabajo del actor se considera celebrado a término indefinido, lo cual conlleva la ausencia de causa legal de terminación, pues resulta inaceptable la invocada por la demandada consistente en la terminación de la labor.

Así las cosas, atendiendo a lo expuesto en el artículo 64 del C.S.T., frente a la indemnización por despido injusto del contrato a término indefinido con salario inferior a 10 SMLMV, y luego de realizadas las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta que el demandante devengaba un salario promedio de $2.420.393, que trabajo 2 años 6 meses y 15 días, como se determinó por el a quo de acuerdo con la liquidación obrante

en el plenario (fl. 39) y al no ser un hecho objeto de controversia, se tiene que por concepto de indemnización por despido injusto, le correspondía al demandante la suma de $4.921.466.oo que corresponden a 61 días de salario.

En lo que se refiere a la fijación de agencias en derecho, se atenderá lo dispuesto en el artículo 366 del CGP numeral 5 que dispone:

> *5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.*

Bajo la premisa normativa citada es improcedente la impugnación formulada en lo que tiene que ver con las agencias en derecho; las cuales podrán objetarse cuando de manera concentrada se liquiden y aprueben.

Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de febrero de 2021, y fijar por concepto de

indemnización por despido injusto el valor de $4.921.466. de conformidad con las razones expuestas en la parte motivada.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO